Nacherbschaft und Ersatzerbschaft.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Jérôme

aus Grendelbruch im Elsaß

Referendar am Kaiserlichen Landgericht zu Straßburg.

ACAD. LAND. BIBL.

Approbiert am 11. Mai 1910.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter
in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Ist eine gemeinsame Behandlung zweckmäßig? . . . 1

§ 2. Erstes Kapitel: Begriff und Wesen 4

Zweites Kapitel: Die Anordnung.

A. Im allgemeinen.

§ 3. a) Form und Inhalt 21

§ 4. b) Wirksamkeit 30

§ 5. B. Im gemeinschaftlichen Testament (§ 2269) 35

Drittes Kapitel: Die Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall bezw. Ersatzerbfall.

I. Stück: Die Anwartschaft.

§ 6. a) Die Natur der Anwartschaft 50

§ 7. b) Vererblichkeit 53

§ 8. c) Ausschlagung und Annahme 58

§ 9. d) Vernichtung der Anwartschaft (Anfechtung, Erbunwürdigkeitsklage) 64

§ 10. e) Übertragbarkeit und Pfändungs- sowie Verpfändbarkeit 67

§ 11. II. Stück: Sicherung des Anwärters 77

§ 12. Viertes Kapitel: Der Erbschaftserwerb des Anwärters 84

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0022

Literaturverzeichnis.

Affolter, Wesen und Arten der objektiven Rechtsverhältnisse im römischen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. 36 S. 545 ff.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. 1905. Vermögensrecht und Gegenstand. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34 S. 209 ff.

Bleckwenn, Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft. Diss. 1905.

Borcherdt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung.

Du Chesne, Das Recht des Nacherben. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. 8 S. 534.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl.

Dernburg, Deutsches Erbrecht. Bd. 5. 2. Aufl.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 2. Aufl.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 3.—5. Aufl. und Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Gaupp u. **Stein,** Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1 u. 2. 8. u. 10. Aufl.

Große, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben.

Groth, Die Nacherbschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. 1900.

Güthe in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 39.

Hachenburg, Studien zum Erbrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905.

v. Henle in der Deutschen Juristenzeitung 1904.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft und Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses und Grenzen der Rückwirkung. 1907.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Köpcke, Die Rechtsstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. 1902.

Kößler in der Deutschen Juristenzeitung 1906.

Küntzel in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 41.

Kretzschmar, Verkauf der Erbschaft durch den Nacherben. Im Recht 1909 S. 197ff.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Marcuse, Sukzessive Berufung zur Erbschaft. Diss. 1903.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1900.

Motive zum ersten Entwurf. Bd. 5. 2. Aufl. 1896.

Natter in der Württembergischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung 1908.

Planck, Erbrecht. Bd. 5. 1., 2. u. 3. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs.

Reichsgerichtsentscheidungen in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 73.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 3.

Salinger im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19.

Schmidt, Begriff der Rechtsnachfolge. Diss. 1903.

v. Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge. 1905.

Sohm, Der Gegenstand. In der Festschrift für Degenkolb 1905.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. und Grenzen der Urteilsrechtskraft in der Festschrift für Degenkolb 1905.

Uhlstein, Vorerbe und Nacherbe in ihrem rechtlichen Verhältnis zueinander. Diss. 1907.

Wäntig in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 9. Aufl. 1906.

Einleitung.

§ 1.

Die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft weisen manche Ähnlichkeiten auf; teils treten diese deutlich hervor, wenn man die rechtliche Gestaltung der Nacherbschaft und der Ersatzerbschaft etwas näher betrachtet, teils sind sie mit Rücksicht auf den Zweck der beiden Rechtsgebilde auf wirtschaftlichem Gebiete zu suchen, insgesamt lassen sie sich aber darauf zurückführen, daß die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft nur Abarten der gewöhnlichen Erbschaft sind.

Beide tragen dazu bei, daß der Grundsatz, wonach der Wille des Erblassers in bezug auf seinen Nachlaß möglichst berücksichtigt werden soll, auch praktisch durchführbar ist. Dieser Wille geht sowohl bei der Einsetzung eines Nacherben als auch bei der eines Ersatzerben dahin, den so oder so Eingesetzten nicht ohne weiteres zum Herrn des Nachlasses zu machen, sondern nur, wenn der in erster Linie berufene Erbe unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr in Betracht kommt. Die Einsetzung in diesen beiden Fällen ist somit gegenüber der gewöhnlichen Erbeinsetzung minderwertig. Meist ist es wenig sicher, ob der auf die eine oder andere Weise Eingesetzte jemals das Glück hat, Erbe zu sein; es besteht nach dem Erbfall in der Regel ein Schwebezustand, man spricht daher sowohl bei der Nacherbschaft als auch bei der Ersatzerbschaft von einem Stadium der Pendenz der Rechte.

Fragen wir nach den Gründen, weshalb wohl der Erblasser manchmal diese eigenartigen Formen der Erbeinsetzung wählt, so stoßen wir auch hier auf ähnliche Gesichtspunkte. Er will unter anderem damit verhüten, daß sein Vermögen in Hände gelange, in denen er es nicht wissen möchte; so, wenn er seine Freunde als Ersatzerben einsetzt, um dadurch seine ihm vielleicht ganz fremden oder sogar feindlichen gesetzlichen Erben für immer auszuschließen, oder wenn er seinem verschwenderischen und überschuldeten Sohne in dessen Kindern Nacherben setzt. Auf die nahe Verwandtschaft der beiden Rechtsgebilde weist ferner die merkwürdige rechtsgeschichtliche Tatsache hin, daß im sächs. Gesetzbuch (§§ 2187—2195, 2503 ff.) das, was wir heute unter Ersatzerbschaft verstehen, als Nacherbschaft bezeichnet wurde, während das österr. Gesetzbuch (§§ 609, 612, 615) für beide den Ausdruck Nacherbschaft gebraucht.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch (§ 2102) stellt zwar den Satz auf, daß die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthalten soll, allein eine gemeinsame Begriffsbestimmung kennt es nicht, wohl aber hat die Wissenschaft eine solche geschaffen, indem sie im Anschluß an römischrechtliche Institutionen die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft unter den Gesamtausdruck der Substitution gebracht hat und sie als Substitutionsfälle behandelt.

Wie nahe verwandt die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft aber auch sein mögen, ihre vielen und großen Ähnlichkeiten sind doch meistens nur äußere; größtenteils beruhen diese beiden Rechtsgebilde auf prinzipiell verschiedenen Grundgedanken, welche für jedes derselben eine besondere, bei der Nacherbschaft sehr eingehende Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch hervorgerufen haben. Der gemeinsamen Behandlung der Nacherbschaft und der Ersatzerbschaft stehen jedoch die Verschiedenheiten

derselben nicht entgegen, sie sprechen vielmehr für eine Gegenüberstellung, die ja nur Zweck und Wert da hat, wo Abweichungen vorkommen. Indem nun eine vergleichende Darstellung erst recht die ähnlichen und besonders auch die verschiedenen Rechtsgrundsätze zum Ausdruck bringt und somit einen schärferen Einblick in die für die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft geltenden Vorschriften und ihr besseres Verständnis ermöglicht, mag es nicht ganz unzweckmäßig und aussichtslos erscheinen, wenn auf diese Weise eine befriedigende Lösung der mannigfachen Fragen und Schwierigkeiten, die beim Eindringen in den durch das Thema begrenzten Rechtsstoff hervortreten, in den folgenden Ausführungen versucht wird.

Erstes Kapitel.

Begriff und Wesen.

§ 2.

Unter der Bezeichnung „Nacherbschaft und Ersatzerbschaft" regelt das Bürgerliche Gesetzbuch zwei Rechtsinstitute, die als Vulgar- und fideikommissarische Substitution bereits dem früheren Recht bekannt waren. Die wirtschaftlichen Zwecke, denen sie dienen, sind dieselben geblieben, aber Begriff und juristische Konstruktion haben sich geändert.

Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter einem Nacherben denjenigen Erben, welcher vom Erblasser in der Weise eingesetzt ist, daß er erst Erbe wird, nachdem zuerst ein anderer Erbe geworden ist (§ 2100).

Nach § 2096 ist derjenige als Ersatzerbe anzusehen, welchen der Erblasser für den Fall eingesetzt hat, daß ein Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalles wegfällt.

Aus diesen beiden gesetzlichen Bestimmungen ergeben sich folgende für die Nacherbschaft und die Ersatzerbschaft wesentliche Begriffs- und Unterscheidungsmerkmale: Vor allem handelt es sich um wahre Erbfolgen, so daß keine Vermächtnisse in Frage kommen. Der Nacherbe und der Ersatzerbe muß vom Erblasser eingesetzt sein; folglich haben wir es hier mit Abarten

der gewillkürten, nicht der gesetzlichen Erbfolge zu tun. Ferner ist die Folgerung zu ziehen, daß der Nacherbe und der Ersatzerbe Erben des Erblassers, also dessen Rechtsnachfolger sind.

Nach der gesetzlichen Definition hat die Nacherbschaft mit der Ersatzerbschaft noch etwas Wichtiges gemeinsam; es erfolgt nämlich die Erbeinsetzung hier wie dort unter gewissen Bestimmungen — teils Bedingungen, teils Befristungen —. Diese Bestimmungen können aber zweierlei Inhaltes sein, und hier stoßen wir nun auf den fundamentalen Unterschied dieser beiden Rechtsgebilde.

Wenn die Bestimmung so zu verstehen ist: — zuerst soll A Erbe sein, später B —, d. h. es sollten A und B Erbe werden, und zwar in zeitlicher Aufeinanderfolge, also B nur, wenn auch A Erbe geworden ist, dann handelt es sich nach § 2100 um die Einsetzung eines Nacherben.

Lautet aber die Bestimmung dahin: — A soll mein Erbe sein, event. B —, also der an zweiter Stelle Bedachte B soll nur Erbe werden, wenn es der zunächst Bedachte A nicht wird, sei es, daß er vor oder nach dem Erbfall wegfällt, so sprechen wir laut § 2096 von der Anordnung einer Ersatzerbschaft. Ist hier A beim Erbfall vorhanden, so tritt seine Berufung in Wirksamkeit, d. h. er muß von jedermann als Erbe angesehen und behandelt werden, kommt er aber später infolge von Ausschlagung, Nichtigkeit und Anfechtung der Einsetzung, Erbunwürdigkeitserklärung in Wegfall und tritt nun kraft Bestimmung des Erblassers der B als Erbe ein, so werden die in der Zwischenzeit entstandenen Wirkungen der früheren Berufung weggewischt; man muß dann die Rechtslage von dem Standpunkte aus betrachten, als wäre A nie dagewesen. Wir haben hier dieselbe Erscheinung wie bei der Intestaterbfolge; es tritt Substitution ein mit Rückziehung.

Anders verhält es sich bei der Nacherbschaft. A hört dort bei Eintritt des maßgebenden Ereignisses oder Tages zwar auf, Erbe zu sein, und es tritt ein anderer, B, an seine Stelle, aber die Tatsache, daß A Subjekt des bedingten oder befristeten Rechts gewesen ist, wird damit nicht aus der Welt geschafft, es findet lediglich seine Erbenstellung im vorgesehenen Momente ihr Ende. Hiermit hat unser Gesetz das zeitliche Aufeinanderfolgen mehrerer Erben für ein und denselben Nachlaß ausdrücklich gestattet und das starre Prinzip des römischen Erbrechts „semel heres semper heres“ nach einigem Schwanken endgültig durchbrochen.

Von den oben aufgestellten, aus der gesetzlichen Definition des Nacherben und Ersatzerben hergeleiteten Grundsätzen sind nicht alle unbestritten geblieben.

Im Gegensatz zur allgemeinen Auffassung hat Hellwig den Nacherben als Rechtsnachfolger des Vorerben bezeichnet.[1]) In diesem Punkte ist ihm außer Walter Große und Schmidt niemand gefolgt.[2])

Dagegen sind für die von Hellwig bekämpfte Lehre, wonach der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers ist, viele und wichtige Gründe ausfindig gemacht worden, die in der Monographie Bleckwenns, Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft, in nahezu erschöpfender Weise aufgeführt und auch gebührend gewürdigt sind. Sind damit aber auch alle Zweifel verschwunden, die nach Hellwigs Darstellung nicht ganz

---

[1]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 219ff. und Lehrb. des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 § 39, N. 33—38.

[2]) W. Große, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben S. 58ff.; Schmidt, Begriff der Rechtsnachfolge usw.; beide schließen sich eng an Hellwig an.

unbegründet erscheinen? Ich glaube nicht. Eine tiefergehende Untersuchung der Streitfrage scheint mir hier am Platze zu sein.

Überzeugt man sich, daß Hellwig zu dem Standpunkt, den er bezüglich der Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft einnimmt, durch folgerichtige Durchführung seiner Lehre von der Rechtsnachfolge bei betagter und bedingter Berechtigung gekommen ist, so ist ohne weiteres klar, daß eine kritische Betrachtung dieser Lehre zum Ausgangspunkt für die Entscheidung der uns hier interessierenden Frage genommen werden muß.

Voerst aber noch einiges über die Rechtsnachfolge überhaupt.

Von einer solchen kann nur da gesprochen werden, wo ein Recht oder bloß überhaupt eine Rechtsstellung erworben wird. Es genügt aber zum Begriff der Rechtsnachfolge nicht, daß irgendein derartiger Erwerb gemacht wird, es muß vielmehr auch dieser Erwerb von einem Vorgänger abgeleitet, in dessen Recht begründet sein. Danach sind Rechtsnachfolge und abgeleiteter Erwerb identische Begriffe.

Das wird in der Literatur fast durchweg anerkannt.[1])

v. Schwerin hält diese Definition für zu eng; er behauptet: „jeder derivative Erwerb ist Rechtsnachfolge, aber auch der ursprüngliche Erwerb kann Rechtsnachfolge sein".[2]) Das mag sich daraus erklären, daß v. Schwerin hier und da einen Erwerb für originär ansieht, der nach richtiger Ansicht derivativ ist. Ein stichhaltiger Grund, die Definition, wie wir sie gegeben haben, anzugreifen, besteht nicht, es ist aber die Schwierigkeit

---

[1]) vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 94 und Lehrb. S. 273; Sohm, Der Gegenstand, in Festschrift für Degenkolb S. 31 ff.; Kohler, Lehrb. des BGB. S. 163 ff.; Bleckwenn S. 6; Schmidt S. 41.

[2]) v. Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht S. 87.

vorhanden, nachzuweisen, wann originärer und wann derivativer Erwerb vorliegt. Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß im letzteren Falle aus einem vorhandenen Rechtszustand sich ein neuer entwickelt, daß ein Recht nur erworben wird, weil ein Recht bereits besteht, während beim originären Erwerb dieser Zusammenhang („Kausalverhältnis")[1] zwischen dem ursprünglichen und dem neuerworbenen Rechte nicht besteht; hier trägt zu dem Erwerb das Ursprungsverhältnis nichts bei, es entwickelt sich hier ein Recht unabhängig von dem Rechte eines Vorberechtigten.

Daß das den abgeleiteten Erwerb charakterisierende Element in jener Verbindung liegt, welche zwischen der erworbenen Rechtsstellung und seinem Ursprungsverhältnis besteht, entspricht den grundlegenden Darstellungen Hellwigs und wird allgemein anerkannt. Danach tritt abgeleiteter Erwerb, wie Hellwig richtig ausführt, ein „durch Rechtsgeschäft oder durch Staatsakt, welche auf die Herbeiführung der Rechtsnachfolge gerichtet sind, oder durch die Verwirklichung des sonstigen Tatbestandes, der ‚kraft Gesetzes' das neue Rechtsverhältnis deshalb entstehen läßt, weil das Ursprungsverhältnis bestand".[2]

Damit ist m. E. die erforderliche, nicht allzu engherzige Begrenzung der Begriffe und somit auch die Grundlage zur Untersuchung der Sukzession bei bedingter und betagter Berechtigung gegeben.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen wenden wir uns zunächst der Betrachtung der Fälle der aufschiebenden Befristung und Bedingung zu.

---

[1]) So Sohm a. a. O. S. 33; Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 3 S. 76 f. spricht von einer kausalen Verbindung.

[2]) Hellwig, Rechtskraft S. 95.

Hat jemand unter einer solchen Nebenbestimmung sein Recht übertragen oder innerhalb seines Rechtes einem anderen ein Recht bestellt, so ergibt sich das Problem, festzustellen, wann die Rechtsnachfolge sich vollzieht.

Fast ausnahmslos wird die Ansicht vertreten, jene finde mit dem Eintritt des Anfangstermins oder der aufschiebenden Bedingung statt.[1]) Von einer Streitfrage wäre kaum noch die Rede, wenn nicht neuerdings Strohal[2]) zur Begründung der Auffassung, die Rechtsnachfolge vollziehe sich bereits mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes, wichtiges Material herbeigeschafft hätte. Er hält es zwar im Hinblick auf § 158 BGB. für unbestreitbar, daß das Recht erst mit dem Eintritt der Bedingung erworben wird, will aber darin nicht eine gesetzliche Festlegung des Zeitpunktes erblicken, mit welchem sich die Rechtsnachfolge vollzieht.

Meiner Ansicht nach geht er ganz richtig davon aus, daß der Verfügungsempfänger durch Vornahme des Verfügungsgeschäfts, wenn auch nicht das erwartete Recht selbst, so doch eine Anwartschaft auf dieses erwirbt.

Diese anwartschaftliche Rechtsstellung leitet er von dem Rechte des Verfügenden genau ebenso ab wie der Empfänger eines ohne beschränkende Beifügung übertragenen Rechtes von dem Rechte des Übertragenden. Somit muß auch jener abgeleitete Erwerb nach den allgemeinen Vorschriften über die Rechtsnachfolge beurteilt werden, zumal es für diese nicht wesent-

---

[1]) Mit näherer Begründung Planck Bd. 1 3. Aufl. S. 44 u. 280 und Hellwig, Rechtskraft S. 109ff. und von demselben, Grenzen der Rückwirkung S. 12f.

[2]) Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, in der Festschrift für Degenkolb 1905.

lich ist, daß ausgewachsene subjektive Rechte ihren Gegenstand bilden, sondern das gerade so gut Rechtspositionen, Rechtslagen, Rechtsstellungen sein können, die sich zwar begrifflich von subjektiven Rechten unterscheiden lassen, die aber hier dieselbe Bedeutung haben, indem die Rechtsordnung sie trotz ihres anwartschaftlichen Charakters, der ihren praktischen Gehalt von der ungewissen Zukunft abhängig macht, wie gegenwärtige Rechte behandelt, die sowohl zu einer Einschränkung des rechtlichen Könnens als auch zur Minderung des rechtlichen Dürfens führen können, und die ohne neuerlichen Bestellungsakt zu dem erwarteten Rechte auswachsen.

Bei dieser Sachlage glaubt Strohal den sicheren Schluß ziehen zu dürfen, daß sich die auf Grund betagter und bedingter Verfügung eintretende Rechtsnachfolge grundsätzlich schon mit der Perfektion des Verfügungsgeschäftes vollzieht. Diesen Schluß halte ich für einen Trugschluß.

Zweifellos macht der Verfügungsempfänger bereits in jenem Moment einen abgeleiteten Erwerb[1]) und es kommt daher allerdings jetzt schon zu einer Rechtsnachfolge, aber natürlich nicht zu der endgültig erstrebten; solange der Verfügungsempfänger das erwartete Recht noch nicht hat, kann man auch nicht von einer Rechtsnachfolge in bezug auf dieses Recht sprechen.

Höchst wichtig ist aber, daß die anwartschaftliche Rechtsnachfolge die definitive vermittelt, eben weil der Erwerb jener Anwartschaft dieses Recht vermittelt.

Daß zu dem Erwerb des definitiven Rechts und mithin auch zur erstrebten Rechtsnachfolge zwei Vorgänge maßgebend sind, nämlich der Erwerb der Anwartschaft und der Eintritt der Be-

[1]) Das gibt auch Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 11 ausdrücklich zu.

dingung, und daß diese zeitlich getrennt auftreten, ist nicht auffällig, derartige Erscheinungen sind dem geltenden Recht gang und gäbe. Merkwürdig ist aber die Behandlung, welche jene beiden Momente in der Lehre von der Rechtsnachfolge erfahren haben. Die herrschende Meinung sieht fast ganz von dem Erwerb der Anwartschaft ab und berücksichtigt grundsätzlich nur den Eintritt der Bedingung; Strohal dagegen legt auf das erste Moment zuviel Gewicht und vernachlässigt letzteres. Er sagt, es kommt bei der Rechtsnachfolge darauf an, daß der Verfügende im Moment der Verfügung berechtigt ist, während er zur Zeit des Eintritts der Bedingung überhaupt kein Recht mehr zu haben braucht, daß die Anwartschaft also eine selbständige Existenz führt und bis zum Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins zum definitiven Recht auswächst.[1])

Das halte ich für vollkommen richtig, es zeigt klar, daß in jenem Momente die **Person des Rechtsvorgängers** unabänderlich bestimmt wird, und daß der Grund zur definitiven Rechtsnachfolge gelegt wird, **keineswegs aber, daß dieselbe auch jetzt schon vollzogen ist;** vielmehr tritt vorläufig nur eine anwartschaftliche Rechtsnachfolge ein, die zwar von wichtiger, aber unselbständiger Bedeutung ist; wichtig insofern, als deren Eintritt ein essentiales Erfordernis für den Eintritt der erwarteten Rechtsnachfolge ist und bereits mit Eintritt der ersteren der endgültige Rechtsnachfolger und sein Rechtsvorgänger fest bestimmt wird, indem diesem schon jetzt rechtliche Machtbefugnisse entzogen und jenem verliehen werden; unselbständig insofern, als die anwartschaftliche Rechtsnachfolge nur da ist, um die endgültige zu vermitteln.

Von besonderem Interesse ist für uns das Ergebnis, daß der

---

[1]) Strohal, Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung.

Erwerb der Anwartschaft für die Bestimmung des Rechtsvorgängers ebenso wesentlich ist, wie der mit Eintritt der Bedingung sich vollziehende Erwerb des Rechts für dessen Umfang maßgebend ist.

Stimme ich auch mit der herrschenden Meinung darin überein, daß die definitive Rechtsnachfolge erst mit der Erfüllung der Bedingung eintrete, so stehe ich doch, wie meine Ausführungen zeigen, der Lehre Strohals nicht sehr fern, und wenn er zu dem Ergebnis gelangt, die Rechtsnachfolge vollziehe sich „grundsätzlich" schon mit der Verfügung,[1]) so erblicke ich in dem grundsätzlich ein unwillkürliches Geständnis Strohals dahin, daß zwar sehr viel und Wichtiges für die endgültige Rechtsnachfolge sich vollziehe, sie selbst aber schließlich doch noch nicht.

Damit ist für die Behandlung der Fälle, in denen ein Rechtserwerb unter einem Endtermin oder unter einer auflösenden Bedingung gemacht worden ist, viel gewonnen.

Die ganz allgemeine Meinung leugnet, daß wer einem anderen ein Recht unter Beifügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung übertragen hat, mit dem Eintritt des Termins, mit der Erfüllung der Bedingung, Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten sei.

Hellwig ist anderer Ansicht, er verficht die Lehre, daß der Rückfallsberechtigte Rechtsnachfolger der Zwischenberechtigten sei.[2]) Mit vollem Recht stellt er die Frage nach dem Unterschiede der Rechtslage der unter auflösender Bedingung Berechtigten von der Rechtslage des Veräußerers bei aufschiebender, noch schwebender Bedingung, nach dem Unterschied

---

[1]) Strohal, Urteilsrechtskraft S. 159.

[2]) Hellwig, Rechtskraft S. 109ff.

der Stellung des Rückfallsberechtigten von der Stellung desjenigen, dem ein Recht unter aufschiebender Bedingung übertragen ist.

Einen wesentlichen Unterschied hier zu konstruieren ist noch niemand gelungen, dagegen ist die nahe Verwandtschaft beider Gestaltungen offensichtlich.

Hellwig hat die allgemeine Lehre von der Rechtsnachfolge bei aufschiebender Bedingung höchst folgerichtig auch bei der auflösenden durchgeführt und ist so zu dem bezeichneten Ergebnis gelangt. Die herrschende Meinung macht zwar denselben Fehler wie Hellwig, indem sie für die Rechtsnachfolge nur den Eintritt der Bedingung berücksichtigt, schreckt hier jedoch vor der Konsequenz zurück; sie vermag aber keine überzeugenden Gründe für ihre Stellung zu erbringen, letztere ist der Auffassung Hellwigs gegenüber ganz unhaltbar, wie folgendes Beispiel Strohals beweist[1]):

Angenommen, „ein Berechtigter X nimmt, nachdem er sein Recht unter Beifügung eines Anfangstermins oder einer aufschiebenden Bedingung an den A abgetreten hatte, eine weitere Abtretung an den B vor, zufolge deren der bei der ersten Abtretung bestimmte Anfangstermin bezw. die dabei bestimmte aufschiebende Bedingung den Endtermin bezw. die auflösende Bedingung für das Recht des B bilden soll".

Wie sich hier die herrschende Meinung zur Frage der Rechtsnachfolge des A stellen will, ist mir nicht ersichtlich. Sie will A doch wohl nicht als Rechtsnachfolger des X ansehen, denn das würde ihrer Lehre von der Rechtsnachfolge des aufschiebend bedingt Berechtigten widerstreben, ebensowenig kann sie in A den Rechtsnachfolger des B erblicken, denn dem steht

---

[1]) Strohal, Urteilsrechtskraft S. 105.

der Umstand entgegen, daß A sich in diesem Falle in derselben Rechtsstellung befindet, in der sich X nach der Abtretung an den B selbst befinden würde, wenn er die frühere Abtretung an den A nicht vorgenommen hätte, ist also mit dem Standpunkt, den die herrschende Lehre bei der auflösenden Bedingung einnimmt, ganz unvereinbar.

Sowohl nach der Auffassung Hellwigs als auch nach der Strohals läßt sich das Problem ohne jede Schwierigkeit lösen. Nach ersterem wird A mit Eintritt der Bedingung Rechtsnachfolger des B; nach letzterem ist A bereits im Augenblick der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung Rechtsnachfolger des verfügenden X geworden.

Aber auch nach unserer Ansicht erklärt sich die Sachlage ganz einfach. Schon mit der Verfügungsvornahme macht A einen abgeleiteten Erwerb, zwar nicht des erstrebten Rechtes selbst, wohl aber der Anwartschaft auf dieses; das genügt aber, wie wir oben gezeigt haben, um den Rechtsvorgänger ein für allemal zu bestimmen; A wird somit mit Eintritt der Bedingung endgültiger Rechtsnachfolger des X, aus dessen früherem Rechte sein nunmehriges Recht hervorgekeimt ist.

Bei Beurteilung der Rechtsnachfolge des Rückfallsberechtigten führen wir die Auffassung, die wir bei Behandlung der aufschiebenden Bedingung vertreten haben, konsequent durch. Auch der Rückfallsberechtigte hat bereits vor dem Eintritt der Bedingung ein Anwartschaftsrecht; daß er dieses nicht vom Zwischenberechtigten ableitet, ist kaum zu bezweifeln, vielmehr ist ihm, dem Rückfallsberechtigten, dasselbe nach seiner Verfügung verblieben, es beschränkt das Recht des Zwischenberechtigten und würde den Rückfallsberechtigten mit Eintritt der Bedingung zum definitiven Rechtsnachfolger des Verfügenden

machen, wenn es überhaupt denkbar wäre, daß Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger dieselbe Person seien.[1])

Nach diesen Ausführungen darf die Frage nach der Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft als grundsätzlich gelöst betrachtet werden. Haben wir es hier nicht auch mit einer aufschiebenden und mit einer auflösenden Bedingung oder Befristung zu tun, die genau wie im obigen Beispiel mit ihrem Eintritt für den Vorerben den Verlust und für den Nacherben den endgültigen Erwerb der Erbschaft herbeiführen?

Von seinem Standpunkt aus erblickt daher Hellwig in dem Nacherben den Rechtsnachfolger des Vorerben, von unserem Standpunkt aus erblicken wir in ihm den Rechtsnachfolger des Erblassers. Daß von den Argumenten, die Hellwig, um seine Lehre zu stützen, aufführt, nicht alle einfach von der Hand zu weisen sind, sondern sich dabei auch etwas findet, was, auf den ersten Blick wenigstens, zu seinen Gunsten spricht, will ich gar nicht in Abrede stellen. Besonders verführerisch wirkt der Umstand, daß der Nacherbe den Nachlaß in der ihm vom Vorerben gegebenen Gestalt erwirbt, daß er sich völlig verändert haben, und daß er Rechte mit umfassen kann, die dem Erblasser nie zustanden, sondern durch den Vorerben begründet wurden. Weniger angebracht scheint es mir, wenn sich Hellwig auf die Ausdrucksweise des Gesetzes beruft, welches in den §§ 2139 und 2104 von einer Erbschaft, nicht von einem Nachlaß spricht.[2]) Vom Standpunkt des Erblassers aus gesehen ist Nachlaß die richtige Bezeichnung, vom Standpunkt des Erben aus Erbschaft.

---

[1]) vgl. Kohler, Lehrb. des BGB. S. 168; die Mot. Bd. 5 S. 118 wären gleichfalls von Bedeutung, wenn sie nicht im Widerspruch ständen mit Bd. 1 S. 378, 9.

[2]) Hellwig, Rechtskraft S. 220; gegen Hellwig Hellmann, Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 16ff. und Bleckwenn a. a. O. S. 56.

Diesem natürlichen Sprachgebrauch ist das Gesetz gefolgt, ohne für weitergehende Folgerungen besonderen Anlaß zu bieten. Wenig überzeugend sind auch die Schlüsse, die Hellwig aus der Zivilprozeßordnung zieht.[1]) Die Bestimmungen über die Erstreckung der Rechtskraft auf den Nacherben (§ 326) sprechen eher gegen seine Auffassung, indem, wenn diese richtig wäre, jene überflüssig sein würden.[2])

Die Lehre Hellwigs ließe sich nur halten, wenn ihre Grundlage richtig wäre, und sie hat immer noch einen Schein der Berechtigung für sich, solange nicht nachgewiesen ist, daß seine Grundauffassung falsch ist.

Diesen Beweis habe ich oben zu erbringen versucht. Auch habe ich gezeigt, daß unsere Anschauung von der Rechtsnachfolge bei bedingter und betagter Berechtigung direkt dazu führt, den Nacherben als Rechtsnachfolger des Erblassers zu betrachten. An Belegen dafür, daß dieses Ergebnis richtig ist, fehlt es nicht. § 2100 BGB. sagt, der Nacherbe ist Erbe kraft Einsetzung des Erblassers; wenn auch Hellwig in dieser Tatsache, daß der Nacherbe seinen Rechtserwerb auf die Verfügung des Erblassers stützt, kein entscheidendes Argument gegen seine Lehre erblicken will, so kann er doch nicht leugnen, daß er zu unseren Gunsten spricht. Übrigens ist der Nacherbe, wie das Gesetz in jenem Paragraphen ausdrücklich feststellt, nach dem Wegfall des Vorerben wirklicher Erbe, er kann aber nur als Erbe des Erblassers in Betracht kommen, und da die Erbfolge

---

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 223 und § 33.

[2]) Im übrigen kann ich mich hier auf die eingehenden und treffenden Ausführungen v. Schwerins a. a. O. S. 73 und Bleckwenns a. a. O. S. 66 ff. berufen.

als Haupt- und Normalfall der Gesamtnachfolge gilt,[1]) ist auch der Schluß gerechtfertigt, daß der Nacherbe Gesamtnachfolger des Erblassers ist. Seine Rechtsstellung gleicht auch viel mehr der des Erblassers als der des Vorerben; letzterer ist nur auf Zeit berechtigt und in der Verfügung über das ererbte Vermögen vielfach beschränkt. Der bereits mit dem Tode des Erblassers gemachte anwartschaftliche Erwerb zeigt sich hier in seiner Wirkung besonders deutlich; er bringt auch den Erblasser als Rechtsvorgänger mit dem Nacherben als Rechtsnachfolger in unverkennbare Beziehung. Was bei dem ersten Rechtserhebliches vorgegangen ist, ist für die Entwicklung des Rechts des letzteren von höchster Bedeutung; dieses entspringt aus dem Rechte des Erblassers wie die Pflanze dem Keime, und wie diese in ihrer Entwicklung Eigenschaften verlieren und neue erwerben kann, so daß sie nach ihrer völligen Entfaltung womöglich ein ganz anderes Bild gewährt, so kann auch das anwartschaftliche Recht des Nacherben beim Übergang zum definitiven Rechte durch Einflüsse, die von seiten des Vorerben herrühren, alte Elemente ausstoßen und neue erwerben, so daß es schließlich äußerlich nur wenig noch dem Mutterrechte gleicht.[2]) In § 2112 BGB. ist anerkannt, daß der Vorerbe die Möglichkeit hat, diese Umwandlung zu bewirken. Durch die Bestimmung, daß die surrogierten Rechte zur Erbschaft gehören (§ 2111), hat das Gesetz nicht etwas so hingestellt, das in Wirklichkeit anders

---

[1]) Das ist die herrschende Lehre; vgl. dazu Hellwig, Rechtskraft S. 203 und die abweichende Ansicht von Sohm, Der Gegenstand S. 38ff.

[2]) Diese Versinnbildlichung habe ich Kohler, Lehrb. d. BGB. Bd. 1 S. 164 u. 167 entlehnt. Genauer sollte ich nicht von Rechten hier sprechen, sondern Rechtsstellungen, Rechtslagen, wie ich in § 6 zeigen werde.

ist, wie Hellwig meint,[1]) sondern es hat durch seinen Machtspruch Reales geschaffen, an dem man zwar Kritik üben, über das man sich aber nicht hinwegsetzen kann. Wenn § 2143 BGB. aus dem Satze: „mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein“ (§ 2139) die Konsequenz zieht, indem es anordnet, daß nunmehr die durch Konfusion erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten wiederaufleben, so ergibt sich hieraus, daß der Nacherbe möglicherweise Rechte erlangen und für ihn event. Verbindlichkeiten entstehen können, die der Vorerbe nicht hatte, was unerklärlich wäre, wenn der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben sein würde.[2])

Mithin sehen wir die Lehre, daß der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers ist, in jeder Hinsicht bestätigt. Viel einfacher liegen die Verhältnisse beim Ersatzerben; infolge der Fiktion, der Anfall an ihn habe mit dem Erbfall stattgefunden, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er Rechtsnachfolger des Erblassers ist; dies ist auch gänzlich unbestritten.

Ein weiterer Punkt bedarf noch der genaueren Betrachtung. Wie oben erwähnt, erfolgt die Einsetzung eines Ersatzerben unter einer Bedingung. Man ist sich jedoch darüber nicht einig, ob das eine wirkliche Bedingung sei oder nur eine condicio juris. Strohal[3]) führt aus: „Mit der Ersatzberufung verhält es sich genau so wie mit der eventuellen Berufung des gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines zunächst berufenen gewillkürten Erben oder wie mit der eventuellen Berufung eines entfernteren gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines zunächst

---

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 220 Anm. 3; für unsere Ansicht Bleckwenn u. Hellmann a. a. O.

[2]) So Dernburg Bd. 4 S. 163f.; Strohal Bd. 1 S. 196.

[3]) Strohal Bd. 1 S. 160.

berufenen näheren Erben. Ihrer rechtlichen Natur nach ist daher auch die Bedingung, unter welcher der Ersatzerbe berufen ist, von der Bedingung, die in diesen Fällen eintreten muß, damit eine Eventualberufung sich als wirksam erweise, durchaus nicht verschieden". Darin hat Strohal gewiß recht, daß die Ersatzberufung eine Eventualberufung ist, die in ihrer rechtlichen Konstruktion und Wirkung übereinstimmt mit der Eventualberufung im Intestaterbrecht, aber daraus folgt noch nichts für die juristische Natur der Bedingung bei der Ersatzerbeinsetzung. Es liegen vielmehr in Wirklichkeit zwei verschiedene Bedingungen vor; die eine wird dadurch charakterisiert, daß sie vom Gesetz (condicio juris) aufgestellt wird, und die andere dadurch, daß sie vom Erblasser (gewillkürte) gesetzt wird.[1])

Dieses widerlegt Strohal keinesfalls, wenn er behauptet, „bei der Ersatzberufung designiere der Erblasser nur die Person, an welche für den Fall des Eintritts der durch die Institution bereits gegebenen condicio juris die Berufung ergehen soll, während der Charakter der Bedingung hierdurch ganz unberührt bleibe". Es scheint fast, als ob Strohal das Unsichere an seiner Lehre gefühlt und mit jener falschen Argumentation sich selbst getäuscht hat.

Die Sache liegt in Wirklichkeit so: Mit der Designierung der Person des Ersatzerben setzt der Erblasser gleichzeitig die Bedingung, die, ohne daß er sie setzt, eben nicht besteht, folglich liegt eine gewillkürte Bedingung und nicht eine condicio juris vor.

Es ist also der Ersatzerbe wie der Nacherbe suspensiv bedingt (letzterer möglicherweise auch befristet) eingesetzt; grundsätzlich müssen daher die Bestimmungen der §§ 158 ff. u.

---

[1]) Dernburg Bd. 5 S. 152; Köpcke S. 9.

2074 BGB. Anwendung finden. Inwieweit jedoch die rechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben würden, durch andere Vorschriften aus dem Erbrecht modifiziert werden, wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben.

Gerade darin, daß bei der Nacherbschaft und der Ersatzerbschaft die Einsetzung unter einer Bedingung (oder Befristung) erfolgt, liegt das Wesen dieser Rechtsinstitute. Sie ermöglichen dem Erblasser, über die Geschicke seines Nachlasses in der verschiedensten Weise zu verfügen, sei es, daß er sein Vermögen nicht in die Hände seiner gesetzlichen Erben, besonders nicht in die des Fiskus gelangen lassen will, sei es, daß er eine ganz bestimmte Verteilung des Nachlasses unter seinen Erben wünscht und deshalb eine eventuelle Anwachsung verhindern möchte. Beides kann er durch Einsetzung eines oder mehrerer Ersatzerben erreichen. Die Absicht des Erblassers kann auch dahin gehen, mehreren Erben nicht gleichzeitig, sondern nacheinander den Nachlaß zu verschaffen. Wichtige Gründe können hier mitspielen. So z. B. wenn der Erblasser für die Abkömmlinge seines verschwenderischen Sohnes die Erbschaft sichern will, oder wenn er sein Vermögen einer ihm nahestehenden Person, nicht aber dessen mutmaßlichen Erben zukommen lassen will. Dies erreicht er durch Einsetzung eines Nacherben. Daß diese beiden Rechtsinstitute wirklichen Bedürfnissen entsprechen, dafür ist der beste Beweis der, daß sie, wie die Erfahrung lehrt, auch praktisch häufig zur Anwendung gelangen, so daß ihre Bedeutung und Existenzberechtigung nicht in Frage gestellt werden kann.

Zweites Kapitel.

Die Anordnung der Nacherbschaft und der Ersatzerbschaft.

A. Im allgemeinen.

§ 3.

a) Form und Inhalt.

Wie wir gesehen haben, sind die Nacherbeinsetzung und die Ersatzerbeinsetzung wirkliche Erbeinsetzungen; es sind demnach für Form und Inhalt der Anordnung die allgemeinen Vorschriften über die Erbeinsetzung maßgebend und nicht etwa die Regeln über Vermächtnisse. Die Anordnung erfolgt also im Testament oder Erbvertrag und bezieht sich entweder auf den ganzen Nachlaß oder auf Bruchteile desselben.

Wie bei allen Willenserklärungen, so muß auch bei letztwilligen Verfügungen die Vorschrift des § 133 BGB. Anwendung finden. Die Motive bezeichnen es als zweifellos, daß das Willensdogma hier noch strenger durchzuführen ist.[1]) Dieser Wille ist sehr oft nicht ausdrücklich erklärt, er muß dann aus dem Inhalt der Verfügung entnommen werden.

---

[1]) Mot. Bd. 5 S. 45; vgl. dazu Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907 S. 460ff.

Zweifel sind hier besonders leicht möglich, und zwar in erster Linie darüber, ob der Erblasser in Wirklichkeit einen Nacherben oder einen Ersatzerben einsetzen wollte; — kann doch der Ausdruck „substituieren“ oder „an erster Stelle A, an zweiter Stelle B“ beides bedeuten, und selbst mit dem Worte Nacherbe oder Ersatzerbe kann der Erblasser etwas anderes meinen, als das Gesetz darunter versteht, zumal, wie wir gesehen haben, diese Worte in anderen Gesetzbüchern eine andere Bedeutung haben als im Bürgerlichen Gesetzbuch. § 2102 Abs. 2 bestimmt daher, daß wenn es zweifelhaft ist, ob jemand als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, er als Ersatzerbe gelten soll.

Daß hiermit das Gesetz dem Willen des Erblassers in vielen Fällen gerecht wird, darf wohl angenommen werden; in den Fällen aber, wo das nicht zutrifft, wird die Auslegungsregel dem Substituten verhängnisvoll, indem er, wenn der an erster Stelle Eingesetzte wirklich Erbe wird, definitiv ausgeschlossen ist. Es wäre wohl weniger hart gewesen, den Willen des Erblassers in diesen Zweifelsfällen dahin zu interpretieren, daß der Substitut als Nacherbe und als Ersatzerbe gelten soll, zumal der Erblasser mit dem Worte Substitut und ähnlichen Ausdrücken beides gemeint haben kann, und weil, falls der wirkliche Wille des Erblassers in einzelnen Fällen nicht zur Durchführung käme, doch keiner leer ausgehen würde. Derlei Bedenken wurden auch bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs geäußert,[1]) man entschloß sich jedoch zur Annahme des § 2102 Abs. 2 in der heutigen Form, und zwar indem man — wie sich aus den Motiven ergibt[2]) — von dem Gedanken

---

[1]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung, Sitzung XII, 6717.

[2]) Mot. Bd. 5 S. 75 f.

ausging, daß Belastungen des Eingesetzten, also auch solche durch Einsetzung von Nacherben, im Zweifel nicht anzunehmen sind. Durch § 2102 Abs. 2 wird die irreguläre Gestaltung der Erbfolge als Nacherbfolge nicht nur nicht begünstigt, sondern der Annahme einer Nacherbeinsetzung geradezu entgegengewirkt.[1])

Die Einsetzung von Substituten braucht, wie erwähnt, nicht ausdrücklich zu geschehen; daher genügt es auch für die Anordnung einer Nacherbschaft, wenn der Wille des Erblassers, einen Vorerben und Nacherben zu haben, sich aus den Umständen ergibt. Aus diesen wird aber nur selten ein sicherer Schluß zu ziehen sein. Einen derartigen Zweifelsfall regelt das Gesetz in § 2103. Wenn der Erblasser dem Erben die Pflicht auferlegt, nach Ablauf einer bestimmten Zeit den Nachlaß an einen anderen herauszugeben, wie dies bei der fideikommissarischen Substitution geschah, so soll das, da nach der Durchbrechung des Grundsatzes „semel heres, semper heres“ dieser Umweg überflüssig ist, als Nacherbeinsetzung angesehen werden. Diese Vorschrift ist zwar nicht zwingend, andererseits ist sie auch nicht eine bloße Auslegungsregel. Sie ist dahin zu verstehen, daß, falls der Erblasser den Erben mit einer rein obligatorischen Verpflichtung belasten will, er dies deutlich zum Ausdruck bringen muß.[2])

Es kann auch vorkommen, daß eine Nacherbschaft angeordnet ist ohne Angabe des Zeitpunktes oder Ereignisses, von dem ab sie beginnen soll. Nach § 2106 soll dann der maßgebende Zeitpunkt der des Todes des Vorerben, und wenn es sich um die Nacherbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalles noch nicht vorhandenen juristischen Person handelt, der ihres Entstehens sein.

---

[1]) Endemann S. 166; Groth S. 16; Meischeider S. 216.

[2]) Hachenburg S. 8; v. Staudinger u. Planck zu § 2103.

Ähnliches ist bei der Ersatzerbschaft undenkbar, da es sich hier immer nur um den Wegfall des Vorberufenen handeln kann.

In der Literatur wird oft von konstruktiver Nacherbschaft gesprochen. Sie liegt dann vor, wenn die Willensäußerung des Erblassers sich nicht bezieht auf die Einsetzung eines Vorerben und eines Nacherben, sondern nur auf die des einen, ohne überhaupt des anderen Erwähnung zu tun.[1]) Im Gegensatz dazu bezeichnet man alle anderen Fälle der Nacherbschaft als gewollte oder effektive.

Die konstruktive Nacherbschaft beruht ebenfalls auf dem Willen des Erblassers; dieser Wille wird nur vom Gesetz in bestimmter Weise ausgelegt und ergänzt, einerseits um die Durchführung erbrechtlicher Grundsätze zu ermöglichen, andererseits um Zweifel zu lösen. Ihre rechtliche Regelung hat sie in den §§ 2104, 2105, 2101 gefunden.

Ist der Erbe nur bis zum Eintritt eines Zeitpunktes oder Ereignisses eingesetzt, ohne daß sich ergibt, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist nach § 2104 anzunehmen, daß als Nacherbe derjenige eingesetzt ist, welcher der nächste gesetzliche Erbe des Erblassers wäre, wenn der Erbfall jetzt eintreten würde.

Eine analoge Vorschrift stellt das Gesetz in bezug auf die Ersatzerbschaft auf. Hat nämlich der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht, so ergänzt § 2069 den Willen des Erblassers durch Annahme einer Ersatzerbeinsetzung seiner Deszendenten für den Fall, daß jener wegfällt.

§ 2104 ist verschiedentlich angegriffen worden. So von Hachenburg, der die Bestimmung, daß als Nacherbe derjenige zu gelten hat, welcher der gesetzliche Erbe wäre usw., für verfehlt

---

[1]) Hachenburg S. 9.

hält, da nach längerer Zeit diese schwer festzustellen sind und in der Zwischenzeit ganz unsicher ist, wer Nacherbe wird, also auch dessen Rechte nicht ausgeübt werden können.[1]) Zur Rechtfertigung läßt sich ausführen, daß die Bestimmung dem § 2066 Satz 2 und den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte entspricht;[2]) auch die praktischen Bedenken verschwinden größtenteils, da § 1913 die Möglichkeit gibt, einen Pfleger zu bestellen, so daß also die Gesetzesvorschrift nur wenige mißliche Wirkungen haben kann.

Strohal wendet sich gegen den letzten Satz des § 2104, der bestimmt, daß der Fiskus nicht Nacherbe sein soll, daß also der eingesetzte Vorerbe die Erbschaft behält, wenn kein gesetzlicher Erbe außer dem Fiskus vorhanden ist.

Mir will scheinen, daß wenn ein Erblasser jemanden einsetzt, wenn auch resolutiv bedingt oder unter Endtermin, er jedenfalls für diesen mehr übrig hat als für den Fiskus, es daher eher dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht, wenn jener Erbe bleibt, als wenn der Fiskus Erbe wird. Deshalb weil der Erblasser in einzelnen Fällen einen anderen Willen haben kann, sollte Strohal noch nicht in jener Bestimmung eine ungerechtfertigte Großmut des Gesetzes erblicken, vielmehr ist § 2104 letzter Satz ganz gerechtfertigt, indem er in der Mehrzahl der Fälle den unausgesprochenen Willen des Erblassers zur Geltung bringt. Da zudem dieser Paragraph nur eine dispositive Vorschrift enthält, dürfte die Kritik, die Strohal an ihm übt, ganz unangebracht sein.[3])

---

[1]) Hachenburg S. 10.

[2]) Planck Bem. zu § 2104.

[3]) Strohal § 27 N. 6; gegen ihn Hellmann, Krit. VSchr. Bd. 39 S. 217 und Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 585f.

§ 2105 regelt weitere Fälle konstruktiver Nacherbfolge, und zwar sowohl diejenigen, bei welchen eine bestimmte Person unter einem Anfangstermin oder unter einer aufschiebenden Bedingung als Erbe eingesetzt ist, als auch die, bei welchen die Person des Erben erst durch den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung bestimmt wird. Hier beruht die Einsetzung des Nacherben auf der unmittelbaren Willenserklärung des Erblassers; weil aber die Erbschaft in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall nicht herrenlos bleiben darf, ergänzt das Gesetz den Willen des Erblassers dahin, daß die gesetzlichen Erben als Vorerben gelten sollen.

Es wird nun von Planck und anderen die Meinung vertreten, daß der Vorerbe hier kraft Gesetzes eintrete, also Intestaterbe sei, im Gegensatz zu § 2104, wo der Nacherbe kraft Fiktion einer Erbeinsetzung eintrete, also Testamentserbe sei. Letzteres ist gewiß richtig; das beweist schon der Wortlaut des § 2104; für ersteres spricht zwar auch der Wortlaut des § 2105, aber man muß bedenken, daß eine Beschränkung gesetzlicher Erben durch Verfügung des Erblassers begrifflich unmöglich ist. Mit der Einsetzung eines Nacherben muß notwendig auch die Einsetzung eines Vorerben erfolgen, und wo das nicht ausdrücklich geschehen ist, ergänzt § 2105 die erblasserische Willenserklärung. Die Fiktion der Einsetzung besteht auch hier. Es ist somit sowohl der Vorerbe des § 2104 als auch der Nacherbe des § 2105 testamentarischer Erbe.[1])

Der Ersatzerbe ist natürlich immer ein gewillkürter Erbe, aber er kann nicht nur an Stelle eines Testamentserben, sondern auch an Stelle eines Intestaterben eingesetzt werden. Daß in

---

[1]) So auch v. Staudinger Bem. 2 zu §§ 2104 u. 2105; dagegen Planck Bem. 1 zu § 2104; Groth S. 26.

vielen Fällen, in denen der Erblasser den gesetzlichen Erben zwar nicht ausdrücklich als Instituten bezeichnete, dennoch die Auslegung gerechtfertigt sein kann, daß er ihn als solchen einsetzen wollte, ist nicht zu leugnen, aber auch wo diese Auslegung ausgeschlossen ist — z. B. der Erblasser sagt: wenn mein einziger Verwandter X nicht mein gesetzlicher Erbe sein will, so soll mein Freund G Erbe sein — liegt eine wirkliche Ersatzerbeinsetzung vor und nicht eine gewöhnliche bedingte Erbeinsetzung. Das ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Definition des Gesetzes in § 2096, der nicht wie der 1. Entw. sagt: „für den Fall, daß die Berufung des zunächst eingesetzten unwirksam ist oder wird usw.“, sondern „für den Fall, daß ein Erbe wegfällt usw.“ Daß unsere Ansicht mit den Motiven im Widerspruch steht, kann zwar gegen uns vorgebracht werden, ist aber kein entscheidender Grund, sie zu verwerfen. Die Begriffsbestimmung des Ersatzerben, wie sie v. Staudinger gibt: „derjenige, der für den Fall eingesetzt ist, daß ein in erster Linie ernannter wegfällt“, ist falsch, da sie etwas Wesentliches in die Definition des § 2096 hineinbringt, was nicht darin enthalten ist. Ähnliche Bedenken, wie wir sie in dem oben erörterten Falle bei der Nacherbschaft kennen gelernt haben, bestehen hier nicht, da selbstverständlich ein Intestaterbe durch Einsetzung eines Ersatzerben nicht beschränkt wird.[1]) Zudem wird, wie Planck (a. a. O.) zutreffend ausführt, die Möglichkeit der Einsetzung eines Ersatzerben für einen gesetzlichen Erben vom Gesetz in § 2051 Abs. 2 ausdrücklich anerkannt.

Als Auslegungsregel zu dem Prinzip, daß der Erbe beim Erbfall vorhanden sein muß, regelt § 2101 schließlich noch einen

---

[1]) Dagegen v. Staudinger S. 987; Mot. S. 74; dafür Planck Bem. 1 zu § 2096; Dernburg S. 150 und Strohal Bd. 1 S. 158 Anm. 26.

Fall der konstruktiven Nacherbfolge. Wenn eine künftige Person zum Erben eingesetzt ist und das nach § 1923 ungültig wäre, so soll es im Zweifel umgedeutet werden in eine Nacherbeinsetzung. Man könnte das auch ohne § 2101, als ein Fall der Konversion von Rechtsgeschäften (§ 141), aus dem § 2084 folgern.

Ist eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugte Person als Ersatzerbe eingesetzt, so muß im Zweifel auch hier die Umdeutung in eine Nacherbeinsetzung vorgenommen werden. Denn auch der Ersatzerbe ist wirklicher Erbe, auch für ihn gilt § 1923; die Verfügung würde somit niemals wirksam werden können, wenn man nicht auch hier § 2101 anwenden wollte. § 2102 steht dem nicht entgegen, denn § 2101 gibt eine Auslegungsregel für einen besonderen Fall, geht also den allgemeinen Bestimmungen des § 2102 vor.[1])

Auch eine Art konstruktiver Ersatzerbschaft kennt das Gesetz. Hat nämlich der Erblasser bei der Testamentserrichtung nur an den Fall gedacht, daß der Institut nicht Erbe sein will, so soll die angeordnete Substitution im Zweifel auch gelten, wenn der Institut nicht Erbe sein kann, und umgekehrt (§ 2097).

Selbstverständlich kann an Stelle mehrerer Instituten ein einziger Ersatzerbe und können an Stelle eines Instituten mehrere Ersatzerben eingesetzt werden; letzterenfalls erhalten die Ersatzerben der Regel nach gleiche Teile. Im Falle der gegenseitigen Substitution unter Miterben könnte man auch denken an eine Teilung nach Köpfen, aber § 2098 bestimmt, daß hier die Ersatzerben sich im Zweifel nach dem Verhältnis ihrer Erbteile in den Nachlaß teilen sollen, und im Falle, daß ein gemeinschaftlicher Erbteil vorhanden ist, soll im Zweifel die Substitution nur zugunsten derjenigen Erben wirken, die jenen haben.

---

[1]) v. Staudinger zu §§ 2101 u. 2102; Planck Bem. 3 zu § 2102.

Im § 2110 gibt das Gesetz Auslegungsregeln für den Fall, daß es zweifelhaft ist, ob die Nacherbschaft sich auch auf einen Erbteil erstreckt, der dem Vorerben infolge des Wegfalles eines Miterben anfällt, und auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis; ersteres wird bejaht, letzteres verneint.

Inwieweit die dem Instituten auferlegten Beschwerungen auch den Ersatzerben treffen sollen, kann ebenfalls zweifelhaft sein; man wird aber im Hinblick auf §§ 2161 u. 2192 wohl annehmen dürfen, daß sie der Ersatzerbe zu tragen hat.

Daß dem Nacherben ein Ersatzerbe bestellt werden kann, folgt ohne weiteres daraus, daß die Nacherbeinsetzung Erbeinsetzung ist, mithin auch auf sie die §§ 2096 ff. Anwendung finden; ob aber die Bedingung, unter welcher der Nacherbe eingesetzt ist, auch für den an dessen Stelle tretenden Ersatzerben gilt, kann nicht einfach mit ja oder nein entschieden werden. Man wird hier wohl unterscheiden müssen: stellt sich die Bedingung als eine Handlung dar, die der Nacherbe vorzunehmen hat, so kann, da die Ersatzerbeinsetzung eine selbständige Verfügung ist, sie für den Ersatzerben nur gelten, wenn sie als stillschweigend wiederholt anzusehen ist, was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn die Handlung mit gleicher Wirkung auch vom Ersatzerben vorgenommen werden kann. Die Motive sagen mit Recht, die Bedingung darf nicht ohne besondere Anhaltspunkte aus dem Willen des Erblassers auf die Einsetzung eines Ersatzerben bezogen werden.[1])

---

[1]) Planck und v. Staudinger zu § 2096; Mot. Bd. 5 S. 78.

§ 4.

b) Wirksamkeit der Anordnung.

Abgesehen von den allgemeinen Grundsätzen, die für die Wirksamkeit einer jeden Erbeinsetzung von Bedeutung sind, gibt es auch einzelne Regeln, die speziell die Wirksamkeit der Nach- und Ersatzerbeinsetzung beeinflussen.

Hier kommt die schon obenerwähnte Bestimmung des § 2101 in Betracht, die die Wirksamkeit der Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugten Person zum Ersatzerben dadurch aufrechterhält, daß sie dieselbe in eine Nacherbeinsetzung umdeutet; das gilt in gleicher Weise, wenn eine erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangende juristische Person als Ersatzerbe eingesetzt ist.

Da eine Nacherbschaft nur denkbar ist, wenn zuerst ein Vorerbe die Erbschaft erlangt hat, wäre z. B. die letztwillige Verfügung des Erblassers: A soll mein Erbe sein, wenn er aber Fräulein X heiratet, soll er den Nachlaß an B herausgeben, unwirksam, wenn A die Erbschaft ausschlagen würde. Hier hilft nun § 2102 Abs. 1, der bestimmt, daß die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthalte; natürlich muß aber dann in jenem Beispiel der B, um Ersatzerbe werden zu können, zur Zeit des Erbfalles bereits leben oder wenigstens erzeugt sein.

Hat der Erblasser mit dem der Annahme einer Ersatzerbschaft unzweifelhaft entgegenstehenden Willen bestimmt, der als Nacherbe Eingesetzte solle die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten nach dem Erbfall liegenden Zeitpunktes erhalten (z. B. A soll mein Erbe sein, nach 10 Jahren soll B mein Erbe sein), und der Vorerbe schlägt aus oder wird für erbunwürdig erklärt, so treten gemäß § 2105 die gesetzlichen Erben

als Vorerben ein und mit dem Eintritt des Zeitpunktes kommt es dann zur Nacherbfolge.

Salinger behauptet, es komme hier die Nacherbschaft in Wegfall.[1]) Wie er dazu kommt, kann ich mir nur so erklären: Der Nacherbe darf hier nicht als Ersatzerbe angesehen werden, und da sein Vorerbe wegfällt, ist auch, weil es ohne Vorerbe kein Nacherbe geben kann, die Existenz des Nacherben hier unmöglich. Wenn Salinger sich die Sache wirklich auf diese Weise zurechtgelegt hat, so hat er dabei übersehen, daß der Vorerbe in diesem Falle nur Mittel zum Zweck ist. Ist der Vorerbe hier weggefallen, so wird es angesehen, als wenn er nie eingesetzt gewesen wäre, und soll nun doch nach dem Willen des Erblassers die Nacherbeinsetzung bestehen, so ist die Lage jetzt einfach eine solche, auf welche § 2105 anzuwenden ist, d. h. es gelten die gesetzlichen Erben als Vorerben und die Nacherbschaft bleibt bestehen.[2])

In den Fällen, in denen der Nacherbe aufschiebend bedingt eingesetzt ist und die Bedingung mit dem Wegfall (z. B. Ausschlagung) des Vorerben nach den obwaltenden Umständen nicht als erledigt angesehen werden kann, ist nach der Ansicht Salingers öfters die Umdeutung in eine aufschiebend bedingte Ersatzerbeinsetzung möglich. Wohin die Annahme eines aufschiebend bedingt eingesetzten Ersatzerben hier führt, zeigen die Ausführungen Salingers auf S. 152 a. a. O.: „Der Nacherbe ist im gegebenen Fall als Ersatzerbe anzusehen, und zwar als bedingter, der die Erbschaft erhält, sobald die Bedingung eintritt, während bis dahin die gesetzlichen Erben die Erbschaft als Vorerben behalten".

---

[1]) Salinger im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 150 ff.

[2]) Übereinstimmend mit Strohal Bd. 1 § 27 N. 9 und v. Staudinger Bem. 1 zu § 2102.

Man sollte hiernach fast glauben, daß Salinger die Begriffsbestimmungen der §§ 2096 u. 2100 nicht kennt, indem er Vorerben vor Ersatzerben und Vorerben ohne Nacherben auftreten läßt. Aber so schlimm ist es nun doch nicht; Salinger meint mit dem bedingten Ersatzerben weiter nichts als einen Nacherben; das genügt, um die aufgestellten Behauptungen Salingers ad absurdum zu führen.

Der bedingt eingesetzte Nacherbe bleibt auch hier bei Wegfall des Vorerben wirklicher Nacherbe; es gelten dann die gesetzlichen Erben als Vorerben.

Einen eigentümlichen Fall, der in diesen Zusammenhang gehört, regelt der § 2107. Er stellt eine besondere Voraussetzung für den Bestand einer Nacherbeinsetzung auf. Davon ausgehend, daß der Erblasser seinem Abkömmling, der keine Kinder hat oder von dem der Erblasser nicht weiß, daß er Kinder hat, nur deshalb einen Nacherben bestellt, weil er annimmt, jener würde ohne Nachkommenschaft versterben, bestimmt das Gesetz, daß die Nacherbeinsetzung zu streichen ist, wenn beim Tode des Abkömmlings Nachkommen vorhanden sind.

Der Gedanke, daß es volkswirtschaftlich unzulässig ist, ein ganzes Vermögen auf unabsehbare Zeit festzulegen und es so dem freien Verkehr zu entziehen, hat zu einer Beschränkung der Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung und event. auch der Ersatzerbeinsetzung geführt. An sich nämlich gibt das Institut der Nacherbschaft dem Erblasser die Möglichkeit, für alle Ewigkeit zu bestimmen, was mit seinem Vermögen geschehen soll. Um dies zu verhindern, beschränkten die früheren Rechtsordnungen die Nacherbfolge in bezug auf die Zahl der einzelnen Fälle. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist dem nicht gefolgt, es sucht aber dasselbe Resultat auf anderem Wege zu erreichen, nämlich dadurch, daß es die Nacherbeinsetzung durch Zeitablauf

unwirksam werden läßt. § 2109 enthält den Grundsatz, daß die Nacherbfolge in einen und denselben Nachlaß beliebig oft eintreten kann, daß aber die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablauf von 30 Jahren unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist.

Eck[1]) behauptet, daß in der ganzen Lehre von der Nacherbeinsetzung § 2109 am meisten mißraten ist, und nicht ganz zu Unrecht, denn vieles ist mangelhaft, was sich aus ihm ergibt. So können innerhalb der 30 Jahre Nacherben für denselben Nachlaß übermäßig häufig aufeinander folgen; wie Hachenburg an einem Beispiel zeigt, kann innerhalb der 30 Jahre sechzigmal der Nacherbe wechseln. Daß infolgedessen nicht geringe Schwierigkeiten entstehen, besonders aber die Gläubiger außerordentlich schlecht gestellt sind, ist ohne weiteres klar. Auf alle anderen mißlichen Resultate, die § 2109 sonst noch zeitigen kann, ist mir nicht möglich hier einzugehen, nur der Fall, daß der Erblasser in Unkenntnis des Gesetzes den Zeitpunkt, mit dem die Nacherbfolge eintreten soll, etwa auf 40 Jahre nach seinem Tode verlegt hat, soll noch näher betrachtet werden.

Hachenburg schlägt vor,[2]) die 40 Jahre einfach auf 30 zu reduzieren; das dürfte jedoch nur dann zulässig sein, wenn im gegebenen Fall § 2084 anwendbar und die Absicht des Erblassers feststellbar ist, den Eintritt der Nacherbfolge so weit hinauszuschieben, als dies nach dem Gesetz überhaupt möglich ist. Anderenfalls würde die Nacherbeinsetzung mit Ablauf von 30 Jahren unwirksam werden. Nicht wäre sie, wie Hachenburg a. a. O. behauptet, von vornherein unwirksam — denn das entspricht nicht der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes:

---

[1]) Eck S. 105 ff.

[2]) Hachenburg S. 30.

„wird unwirksam“ —, vielmehr wäre sie während der ersten 30 Jahre gültig, und da der Nacherbe im Zweifel auch als Ersatzerbe gilt, wäre es möglich, daß er bei Wegfall des Vorerben (z. B. dieser schlägt aus) an dessen Stelle treten könnte, daß also seine Erbeinsetzung trotz der Befriedigung über 30 Jahre wirksam wäre.

Auch eine Ersatzerbfolge in denselben Nachlaß kann, da das Gesetz eine Beschränkung nach der Zahl der Fälle nicht kennt und eine zeitliche Begrenzung unmöglich, ja ganz undenkbar ist, beliebig oft eintreten. Allein die 30jährige Frist, die für die Nacherbeinsetzung gilt, kann auch für einen Ersatzerben Bedeutung erlangen, und zwar dann, wenn er eingesetzt wird für den Fall, daß ein Nacherbe nicht Erbe sein kann oder nicht Erbe sein will. Daß eine solche Ersatzerbeinsetzung unwirksam werden kann, weil der Fall der Ersatzerbfolge erst nach 30 Jahren eintritt, ist nichts Auffallendes, denn wie wir oben gesehen haben, ist der für einen Nacherben eingesetzte Ersatzerbe, sobald er an des Nacherben Stelle tritt, in Wirklichkeit Nacherbe, und daher hat auch in bezug auf ihn § 2109 zur Anwendung zu kommen.

Das Gesetz hat an dem angegebenen Grundsatz nicht streng festgehalten, vielmehr sind die Fälle, wo auch nach Ablauf von 30 Jahren eine Nacherbeinsetzung wirksam bleiben kann, sehr zahlreich, so daß sie, wie sich aus § 2109 Abs. 1 Satz 1 u. 2 ergibt, fast die Regel bilden. Es bewendet jedoch bei der 30jährigen Frist, wenn Vorerbe oder Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person ist (§ 2109 Abs. 2).

§ 5.

B. Die Anordnung im gemeinschaftlichen Testament (§ 2269 BGB.).

Von besonderem theoretischen Interesse, aber auch von größter praktischer Bedeutung sind Anordnungen von Nacherbschaften und Ersatzerbschaften in gemeinschaftlichen Testamenten.

Der Inhalt der letzteren ist gewöhnlich folgender:

Die Ehegatten setzen sich gegenseitig zu Erben ein und bestimmen, daß nach dem Tode des Längstlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen oder mehrere Dritte fallen soll.[1]) Die Auslegung eines derartigen Testaments bietet bedeutende Schwierigkeiten und gibt zu mannigfachen Zweifeln Anlaß; ich hielt es daher für zweckmäßig, erst jetzt, unterstützt durch unsere bisherigen Erörterungen, mit diesen Untersuchungen zu beginnen.

Vor allem fragt es sich, in welcher Weise ein solches Testament dem eingesetzten Dritten gegenüber wirkt.

Abgesehen von der in der älteren Theorie des preußischen Rechts[2]) vertretenen, heute aber allgemein verlassenen Ansicht, der Dritte sei für die beiden Nachlasse als Erbe des Zuerstversterbenden anzusehen, sind zwei voneinander grundverschiedene Auffassungen rechtlich möglich und bisher auch vertreten worden. Nach der einen ist der Dritte Nacherbe des vorverstorbenen und unmittelbarer Erbe des letztverstorbenen Ehegatten; so nach der neueren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis.[3]) Nach der anderen sah man den Dritten für die beiden Nachlasse als Erbe

---

[1]) Sogen. „Berliner Testament“ (s. Dernburg Bd. 5 S. 265).

[2]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 3 § 183 und Kochs Arch. Bd. 3 S. 573.

[3]) S. 573.

des Längstlebenden an; so das Reichsgericht neuerdings bei Entscheidung gemeinrechtlicher Rechtsfälle (RG. Bd. 27 S. 150, Bd. 38 S. 217). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Streitfrage zugunsten der letzteren Auffassung entschieden, indem es in § 2269 für gemeinschaftliche Testamente und entsprechend in § 2280 für Erbverträge folgende Auslegungsregel aufstellt:

„Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente (bezw. Erbvertrage), durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe der zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist".

Hiermit ist bloß das Resultat festgelegt, zu welchem wir bei der Auslegung solcher Zweifelsfälle gelangen müssen — der Dritte muß im Zweifel als unmittelbarer Erbe des ganzen Nachlasses des überlebenden Gatten angesehen werden —; über die Art und Weise der Auslegung an sich, d. h. über die rechtliche Konstruktion, die diesem Ergebnis zugrunde zu legen ist, hat das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung getroffen.

In der Literatur ist die Frage viel erörtert; einige Ansichten erscheinen mir ganz unhaltbar. Da sich an die Entscheidung der Frage praktisch sehr erhebliche Konsequenzen knüpfen, will ich sie etwas eingehender behandeln.

Die einfachste zum gesetzlichen Resultat direkt hinüberleitende Konstruktion liegt dann vor, wenn man sagt, der Ehemann setzt die Frau, und für den Fall, daß diese vor ihm stirbt, also nicht sein Erbe sein kann, den Dritten X zum Erben ein; ebenso bestimmt die Ehefrau, der Mann soll ihr Erbe sein, und für den Fall, daß er vor ihr stirbt, der X. Kurz, jeder Ehe-

gatte setzt den anderen zum Erben und den Dritten zum Ersatzerben ein.

Stirbt nun zuerst der Mann, so wird er von der Frau beerbt; die durch ihn erfolgte Berufung des X als Ersatzerbe fällt damit weg; der Erbgang hinter dem Erstversterbenden erschöpft sich also mit der Beerbung durch den Überlebenden. Stirbt später auch die Frau, so kann jetzt nur die durch sie erfolgte Berufung des Dritten an Stelle ihres verstorbenen Gatten, also die Ersatzberufung, wirksam werden.

Der Dritte als Übernehmer des beiderseitigen Nachlasses ist mithin nur von dem überlebenden Ehegatten berufen, mit anderen Worten, für die Erbfolge des Dritten ist allein die letztwillige Verfügung des Überlebenden maßgebend, die des Zuerstverstorbenen kommt nicht mehr in Betracht.

Gegen diese Aufstellung hat sich ein großer Teil namhafter Schriftsteller und teilweise auch die Praxis erklärt. In der irrigen Annahme, auf unserem Wege zu höchst unangemessenen Resultaten zu gelangen, haben die Gegner Ansichten aufgestellt, die in direktem Widerspruch stehen mit den fundamentalen Grundsätzen des geltenden Erbrechts.

So hat auf ganz verführerische Weise Güthe zu beweisen versucht, daß der Dritte C die Erbschaft zwar als direkter Erbe des zuletztversterbenden Erblassers B, aber zugleich auch auf Grund einer letztwilligen Verfügung des zuerstversterbenden Erblassers A erwerbe. Er konstruiert folgendermaßen: „Die Bestimmung, wonach die Ehegatten ihren gesamten Nachlaß nach dem Tode des Letztlebenden einem Dritten zuwenden, steht in keiner Beziehung zu der Frage, wer von ihnen früher als der andere sterben wird. Sie erfolgt vielmehr lediglich im Hinblick auf die von vornherein zweifellose Tatsache, daß dereinst eine Zeit kommen muß, in der sie beide tot sind, für die

also ihre gegenseitige Erbeinsetzung ihre Tragweite verliert. Da nun vor dem Eintritte dieses Zeitpunktes — wenigstens in der großen Mehrzahl der Fälle — eine Zeit liegt, während der nur einer von ihnen lebt und den beiderseitigen Nachlaß in Besitz hat, so ist es natürlich, daß der Dritte den gesamten Nachlaß aus der Hand dieses Ehegatten empfängt und sein Erbe wird, aber nicht infolge der Verfügung nur des letzteren, sondern infolge der beiderseitigen Verfügungen, für die die Erkenntnis der Notwendigkeit des Eintritts dieses Falles gerade die Grundlage abgegeben hat".

Die Art und Weise, wie er seine Auffassung rechtlich zu begründen sucht, läßt sehr viel zu wünschen übrig.

Er sagt: Da für den in dem gemeinschaftlichen Testament niedergelegten Willen der Ehegatten die Einheitlichkeit des beiderseitigen Vermögens die Grundlage und Voraussetzung bildet, so ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rechtsveränderung, welche darin besteht, daß durch den Tod des Erstversterbenden und den Erbantritt des Überlebenden das Vermögen des ersteren zu einem Bestandteil des Vermögens des letzteren wird — eine Veränderung, welche jene Einheitlichkeit nicht nur nicht beseitigt, sondern verstärkt, indem sie ihr zur rechtlichen Anerkennung verhilft — die Fortdauer der rechtlichen Wirksamkeit der Verfügungen des zuerstversterbenden Ehegatten bezüglich des Dritten hindern sollte.[1])

Hiergegen und gegen alle, welche das Erbrecht des Dritten auch von der Mitverfügung des zuerstversterbenden Gatten herleiten wollen und deshalb von einer gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung, einer letztwilligen Gesamtverfügung beider

---

[1]) Güthe in Zeitschr. d. DNotV. 1902 S. 47 u. 48.

Gatten sprechen,[1]) ist einzuwenden, daß man sich bei Auslegung von Zweifelsfragen nach den dem Gesetz zugrunde liegenden festen Prinzipien richten muß. Mehr als auf irgendeinem anderen Rechtsgebiet ist gerade bei Entscheidung erbrechtlicher Fälle das Festhalten an allgemein anerkannten und erprobten Grundsätzen unumgänglich geboten, wenn nicht noch mehr Unsicherheit und Verwirrung entstehen soll, als nach den vielfach unklaren gesetzlichen Bestimmungen bereits besteht.

Es tritt nun nach meiner Ansicht im ganzen Bürgerlichen Gesetzbuch kein Grundsatz mit größerer Deutlichkeit und Uneingeschränktheit zutage als gerade dieser bereits früher erwähnte, daß der Erblasser nur für sich selbst einen Erben aufstellen kann, nicht auch für einen anderen, daß niemand also über den Nachlaß eines anderen letztwillig verfügen oder auch nur mitverfügen kann. Gegen dieses elementare Prinzip verstoßen aber alle, welche annehmen, daß der Dritte den Gesamtnachlaß als direkter Erbe des Erblassers B, aber zugleich auch auf Grund der letztwilligen Verfügung des Erblassers A erwerbe; denn das Vermögen des A verschmilzt bei dessen Tode mit dem Vermögen des B; es ist also jetzt nur mehr ein Vermögen, nämlich das des B vorhanden, in bezug auf welches letztwillige Verfügungen des A nicht wirken können, eine Tatsache, die mir wenigstens ganz ersichtlich ist.

Auf unserem Standpunkt steht auch das Reichsgericht (Bd. 38 S. 217), welches sagt, mit dem Tode des zuerst gestorbenen Gatten ist beim Fehlen der Anordnung einer Nacherbschaft dessen Beerbung erledigt und mithin für eine weitere

---

[1]) Beschl. d. OberstLG. f. Bayern v. 31. 10. 1903, Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 58 S. 99ff. und Dernburg Bd. 5 S. 265.

letztwillige Verfügung dieses Gatten über seinen Nachlaß kein Raum mehr vorhanden.

Diesen Folgerungen könnte man nur entgehen, wenn nachgewiesen würde, daß eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, eine sogen. letztwillige Gesamtverfügung, dem geltenden Rechte bekannt und speziell bei § 2269 anzunehmen ist.

Diesen Beweis hat das Oberste Landesgericht für Bayern a. a. O. zu erbringen versucht; er ist ihm aber, nach meiner Ansicht, nicht gelungen. Seine Auffassung ist mit dem Gesetz unvereinbar. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments besteht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch darin, daß materiell eine Mehrheit selbständiger letztwilliger Verfügungen vorliegt, die nur formell zu einem äußerlich einheitlichen Errichtungsakt verbunden sind.

Mag auch in der älteren deutschrechtlichen Theorie jene Auffassung vertreten sein, unserem Bürgerlichen Gesetzbuch ist sie durchaus fremd, wie sich schon aus den Motiven ergibt (Bd. 5 S. 338).

Es würde zu weit führen, hierauf näher einzugehen; ich verweise daher auf Natter,[1]) der in meisterhafter Weise die Begründung des Obersten Landesgerichts widerlegt und überzeugend nachgewiesen hat, daß jene Auffassung weder in den §§ 1516 Abs. 3, 2292 noch sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch vertreten ist.

Ist die Auslegung des § 2269, wie wir sie gegeben haben, de lege lata die einzig richtige, so müssen wir natürlich deren Ergebnisse annehmen, selbst wenn sie, wie die Gegner behaupten, unangemessen sind; letzteres ist jedoch kaum der Fall.

---

[1]) Natter, Lehre vom gemeinschaftl. Testament (§ 2269), in Württemb. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. 1. Jahrg. 1907/08 S. 65ff.

Vor allem liegt kein Grund vor, eine gemeinschaftliche Verfügung „aus einem Mund und Willen" anzunehmen, um die Anwendung der Auslegungsregel des § 2069 für den Fall zu retten, daß die Ehegatten Abkömmlinge des Einen eingesetzt haben, diese nach der Testamentserrichtung wegfallen und derjenige Gatte zuletzt stirbt, von dem die eingesetzten Abkömmlinge nicht abstammen.

Nach unserer Ansicht können die Abkömmlinge, die den gesamten Nachlaß erlangen, zwar nur von dem überlebenden Gatten bedacht sein, mit dem sie gar nicht verwandt sind, so daß § 2069 nicht unmittelbar zur Anwendung kommen kann; aber es steht doch außer Zweifel, daß der Überlebende B die Erbfolge geradeso ordnen wollte, wie es der zuerst verstorbene A getan hätte, wenn er der Überlebende gewesen wäre (s. Natter a. a. O. S. 67).

Hierzu noch einige Erwägungen: Soweit es sich um die Bestimmung des Dritten handelt, der auf Grund der testamentarischen Verfügung des längstlebenden Gatten Erbe wird, muß der vom Gesetz interpretierte Wille des einen Gatten ebensogut als Wille des anderen angesehen werden, wie der gewöhnlich ausdrücklich erklärte Wille des einen mit dem des anderen sich decken muß, wenn überhaupt von einem gemeinschaftlichen Testament der in § 2269 bestimmten Art die Rede sein soll. Läßt sich feststellen, daß hinsichtlich der Person des Dritten, der schließlich den gesamten Nachlaß erhalten soll, der Wille des einen Gatten nicht mit dem des anderen übereinstimmte, so ist § 2269 ohne weiteres ausgeschlossen, weil er zur Voraussetzung hat, daß beide Gatten den Dritten eingesetzt haben, ohne daß damit gesagt sein soll, daß der Wille jedes Gatten auch wirksam werden muß.

Wird eine solche Willensübereinstimmung[1]) im vorliegenden Beispiel angenommen, so muß sie im Sinne der Auslegungsregel des § 2069 gedeutet werden.

Sind aber keine sicheren Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Gatten über die Person des Dritten nicht in Willensübereinstimmung sich befanden, so ist letztere immer anzunehmen, d. h. im Zweifel ist bei derartigen Testamenten stets anzunehmen, daß der eine Gatte demselben Dritten den gesamten Nachlaß verschaffen wollte wie der andere Gatte.

Auch wenn der Parens des eingesetzten Abkömmlings zuletzt stirbt, kann man nur unter Annahme einer Willensübereinstimmung bezüglich der Person des Dritten zur Anwendung der §§ 2269 u. 2069 gelangen.

Stirbt nun der Ehegatte, von dem der eingesetzte Abkömmling abstammt, zuerst, oder stirbt er zuletzt, im Zweifel müssen wir immer folgendermaßen konstruieren: Der Überlebende hat den vorverstorbenen Gatten zum Erben, den genannten Abkömmling zum Ersatzerben und dessen Abkömmlinge stillschweigend zu Ersatzerben zweiter Linie eingesetzt.

Durch die Abhandlung von Güthe sehe ich mich veranlaßt, auch auf den Fall, daß beide Ehegatten in demselben Zeitpunkt sterben, etwas einzugehen.

Güthe greift hier speziell die Konstruktion des Reichsgerichts (Bd. 27 S. 149 ff., Bd. 38 S. 217 ff.) an, welche dahin geht, daß die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten von jedem Erblasser für den Fall getroffen wird, daß der andere ihn überlebt, die Einsetzung des Dritten auf den Gesamtnachlaß dagegen für den Fall, daß er den anderen überlebt. Daraus

[1]) Nicht Willenseinigung, d. h. kein Vertrag; es muß bloß in bezug auf die Person des Dritten der eine Gatte tatsächlich denselben Willen haben wie der andere.

folgert Güthe, daß die Einsetzung des Dritten wegfallen müßte, wenn keiner der Gatten den anderen überlebt. Diese ganz fatale Konsequenz ist jedoch, glaube ich, nicht zwingend.

Man darf sich nicht allzusehr an die Worte halten, man muß nach dem Sinne der Worte in ihrem Zusammenhang forschen. Wenn das Reichsgericht sagt, der eine Gatte setzt den anderen für den Fall ein, daß der andere ihn überlebt, so spricht es etwas Selbstverständliches, eine condicio juris aus, also heißt es einfach, ein Gatte setzt den anderen ein.

Mit dem weiteren Satze, der eine Gatte A setzt den Dritten C für den Fall ein, daß er, A, den anderen, B, überlebt, will das Reichsgericht sagen, daß der A den C zum Ersatzerben berufe, wenn der B nicht sein Erbe werden kann, sei es, daß er vor ihm oder zugleich mit ihm stirbt.

Auch für unsere Ansicht können wir den Satz, den Güthe seiner Anschauung zugrunde legt, geltend machen, nämlich, daß die Einsetzung des Dritten auf der Erkenntnis der Ehegatten beruht, daß dereinst eine Zeit kommen muß, in der sie beide tot sind, daß mithin die Einsetzung des Dritten ein zeitliches Aufeinanderfolgen der beiden Todesfälle nicht voraussetzt.

Wir gehen also nicht falsch und wir setzen uns gewiß auch nicht in Widerspruch mit dem § 2269, wenn auch dessen Wortlaut dagegen spricht, indem wir behaupten, daß nach unserer Konstruktion und speziell auch nach der des Reichsgerichts der Dritte mit dem Zeitpunkt des gemeinsamen Todes der Gatten Ersatzerbe beider wird.

Nicht mit der gleichen Sicherheit lassen sich von unserem Standpunkt aus Schwierigkeiten und Bedenken beseitigen, die ein anderes Beispiel bietet, das Güthe angeführt hat.

Angenommen, die Ehegatten haben in einem gemeinschaftlichen Testament bestimmt, der Gesamtnachlaß solle nach dem

Tode des Überlebenden in zwei gleichen Teilen an die beiderseitigen nächsten Verwandten fallen und der eine Gatte habe außerdem seinen eingesetzten Verwandten Vermächtnisse auferlegt oder sie mit Auflagen belastet.

Fallen diese Vermächtnisse und Auflagen weg, wenn die darauf bezüglichen testamentarischen Bestimmungen von dem erstversterbenden Gatten herrühren?

Nach der Anschauung, die Güthe vertritt, wird dadurch die Möglichkeit ihrer Existenz nicht berührt, weil nach ihm ja auch die Verfügungen des zuerstversterbenden Gatten wirksam werden.

Nach unserer Konstruktion ist jene Frage nicht so einfach zu beantworten. Die Belastungen der Verwandten des Vorverstorbenen lassen sich dann gewiß aufrechterhalten, wenn nachgewiesen werden kann, daß eine Willensübereinstimmung der Ehegatten auch hinsichtlich jener Vermächtnisse und Auflagen vorlag, daß also auch der Überlebende sie stillschweigend angeordnet hat. Ob dies zutrifft, kann nur im einzelnen Falle, je nach der Art der Vermächtnisse und Auflagen und nach den obwaltenden Umständen festgestellt werden. Sehr oft wird der Beweis erbracht werden können. Ist er nicht möglich, so hindert das an sich die Anwendung des § 2269 nicht, es müssen dann also die bezeichneten Belastungen wegfallen, was allerdings unbillig erscheint.

Selbst in dem weit einfacheren Falle, daß nur der Verwandte des einen Gatten auf den Gesamtnachlaß eingesetzt, aber von dem zuerstversterbenden mit Vermächtnissen und Auflagen belastet ist, läßt sich jenes Resultat nicht immer vermeiden.

Der einzig noch denkbare Ausweg wäre der, eine Nacherbeinsetzung anzunehmen, aber auch dieser ist schwerlich gangbar, weil dann die beiderseitigen Vermögensmassen aus-

einander gehalten werden müßten, was ja meist die Ehegatten durch derartige letztwillige Verfügungen gerade verhindern wollen.

Zu Anfang dieses Abschnitts wurde hervorgehoben, daß bei gemeinschaftlichen Testamenten des im § 2269 vorgesehenen Inhalts von der älteren Theorie des preußischen Rechts angenommen wurde, der Dritte sei für beide Nachlasse als Erbe des zuerstversterbenden Gatten anzusehen.

Wie ist es nun, fragt Güthe a. a. O., wenn die Erblasser selbst diese Anordnung getroffen haben?

Da nach den im Testament niedergeschriebenen Worten der Dritte Erbe des Erstversterbenden bezüglich des gesamten Nachlasses sein, diesen aber erst nach dem Tode des Letztversterbenden erhalten soll, könnte man auf den ersten Blick glauben, der Dritte müsse mit dem Tode des Erstversterbenden die Stellung eines Nacherben und somit der Überlebende die Stellung eines Vorerben, und zwar in bezug auf den beiderseitigen Nachlaß erlangen. Diese Konstruktion ist rechtlich unmöglich, weil man nicht über fremden Nachlaß letztwillig verfügen, und weil man nicht Erbe seines eigenen Vermögens sein kann. Sollte sie von den Ehegatten wirklich gewollt sein, so wäre ihr gemeinschaftliches Testament nichtig.

Meist wird man sich jedoch bei einigem Nachdenken und bei etwas Verständnis für die Sache überzeugen, daß die Ehegatten gar nicht über die Erbfolge in der angegebenen Art bestimmen, sondern durch jene Anordnung bloß an die Stelle des Dritten, für den Fall, daß er in der Zeit zwischen dem Tode des einen Gatten und dem des anderen stirbt, einen Ersatzerben X setzen wollten.

Selbst wenn Zweifel beständen, ob das der tatsächliche Wille der Ehegatten war, müßten wir, zur Aufrechterhaltung

des Testaments, nach der Auslegungsregel des § 2084 zu diesem Ergebnis kommen.[1])

Der Ersatzerbe X ist hier nicht ausdrücklich genannt, es bleibt daher festzustellen, wer nach dem Willen der Ehegatten als solcher anzusehen ist.[2]) Meist wird es der gesetzliche oder testamentarische Erbe des Dritten C sein, manchmal kann es aber schwierig, ja selbst unmöglich sein, die Person des Ersatzerben zu bestimmen. Letzterenfalls ist dann die Ersatzberufung ungültig.

Die Bestimmung der Ehegatten, der Dritte solle als Erbe des zuerstversterbenden Gatten angesehen werden, läßt, wenn man in derselben eine Ersatzberufung erblickt, eine doppelte Konstruktion zu.

Man kann sagen: Der Ehemann A hat seine Frau B zum Erben, für den Fall, daß B vor ihm stirbt, den Dritten C zum Ersatzerben, und für den Fall, daß auch C vor ihm, aber nach B, stirbt, den X als Ersatzerbe an die Stelle des C gesetzt.

Ebenso hat die Ehefrau B ihren Mann A zum Erben, für den Fall, daß A vor ihr stirbt, den Dritten C zum Ersatzerben, und für den Fall, daß auch C vor ihr, aber nach A, stirbt, den X als Ersatzerbe an die Stelle des C gesetzt.

Man kann aber auch so sagen: Der Ehemann A hat seine Frau B zum Erben, den Dritten C zum Nacherben, und für den Fall, daß B und C vor ihm, und zwar C nach B sterben wird (also C weder sein Nacherbe noch sein Ersatzerbe werden kann), den X als Ersatzerbe an die Stelle des C gesetzt.

Ebenso hat die Ehefrau B ihren Mann A zum Erben, den

---

[1]) Güthe a. a. O. S. 55.

[2]) s. die genaueren Ausführungen Güthes a. a. O. S. 56 u. 57, denen ich mich vollkommen anschließe.

Dritten C zum Nacherben, und für den Fall, daß A und C vor ihr, und zwar C nach A sterben wird (also C weder ihr Nacherbe noch ihr Ersatzerbe werden kann), den X als Ersatzerbe an die Stelle des C gesetzt.

Die praktischen Ergebnisse beider Konstruktionen sind wesentlich verschieden: Nach der ersteren erwirbt der Dritte C, wenn er nach dem Tode des einen, aber vor dem des anderen Gatten stirbt, keinen der Nachlässe, und dabei bleibt es, wenn die Ersatzberufung des X mangels Bestimmtheit des Ersatzerben oder aus anderen Gründen ungültig ist; ist letzteres nicht der Fall, so erwirbt der X den beiderseitigen Nachlaß als Erbe des zuletztversterbenden Gatten.

Nach der zweiten Konstruktion erlangt der Dritte C, wenn er nach dem Tode des einen, aber vor dem des anderen Gatten stirbt, sofort mit dem Tode des Erstversterbenden, als dessen Nacherbe, ein festes und, wie wir noch sehen werden, vererbliches Recht an dessen Nachlaß, so daß, wenn die Ersatzberufung des X ungültig ist, wenigstens ein Teil des gemeinschaftlichen Testaments zur Wirksamkeit gelangen kann; ist die Ersatzberufung des X gültig, so erwirbt dieser nur den Nachlaß des Letztversterbenden, den des Erstversterbenden kann er als Erbe des Dritten C erlangen, aber nicht unmittelbar auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments.

Es fragt sich nun, ist die erste oder die zweite Konstruktion anzuwenden.

Nach meiner Überzeugung ist im Zweifel nur die erste Auslegung zulässig, weil auch hier § 2269 Abs. 1 unbedingt herangezogen werden muß. Ist doch dieser Fall nur eine Erweiterung des im § 2269 Abs. 1 vorgesehenen. Nach letzterem ist aber die Annahme einer Nacherbeinsetzung im Zweifel ganz ausgeschlossen, also würde die zweite Konstruktion, nach welcher

an die Stelle der zum Nacherben eingesetzten Dritten der X als Ersatzerbe treten soll, direkt gegen das Gesetz verstoßen. Im Gegensatz zu Güthe glaube ich, daß erstere Auslegung größtenteils auch dem Willen der Ehegatten entsprechen wird; jedenfalls ist die zweite Konstruktion nur anzuwenden, wenn ganz sichere Anhaltspunkte dafür gegeben sind.

Wir kommen nun auf den einfachen und gewöhnlichen Fall zurück, daß die Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig eingesetzt und bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll.

Die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 trifft hier nicht immer zu; vielfach werden besondere Gründe dafür sprechen, das Testament dahin auszulegen, jeder Ehegatte habe den anderen zum Erben, den Dritten C zum Nacherben eingesetzt, so daß C den Nachlaß des Zuerstversterbenden als dessen Nacherbe und den des Überlebenden als dessen unmittelbarer Erbe erwirbt. So, wenn der Erstversterbende den Längstlebenden unter die Kontrolle des Dritten gestellt oder ihm Verfügungsbeschränkungen auferlegt hat; überhaupt überall da, wo es sich aus den Umständen, selbst wenn sie außerhalb der Erklärung liegen, mit Bestimmtheit ergibt, daß die beiderseitigen Vermögensmassen auseinandergehalten werden sollen.

Einzig und allein aus dem Grunde, weil dem Erstversterbenden gegenüber pflichtteilsberechtigte Dritte nach dessen Tode den Pflichtteil verlangen, ein Recht, das ihnen bei Anwendung des § 2269 Abs. 1 unzweifelhaft zusteht, auf eine Nacherbeinsetzung zu schließen, ist nicht richtig.

Es ist gar nicht ausgeschlossen, daß die Ehegatten mit diesem Gang der Dinge wohl einverstanden waren. Aber auch, wenn es dem Willen der Ehegatten widerstreitet, dem pflicht-

teilsberechtigten Dritten, falls er den Pflichtteil aus dem Vermögen des Erstversterbenden verlangt, noch den Erbteil aus jenem Vermögen zuzugestehen, ist damit noch nicht gesagt, daß sie den Dritten zum Nacherben einsetzen wollten, wie das Kößler behauptet.[1]) Man könnte geradeso gut annehmen, daß sie ihn unter der stillschweigenden Bedingung eingesetzt haben, daß er einen Pflichtteilsanspruch nicht geltend macht.

Aus der Tatsache allein, daß ein pflichtteilsberechtigter Dritter dem Willen der Erblasser zuwider den Pflichtteil verlangt, kann noch nicht auf eine Nacherbeinsetzung geschlossen werden, es muß vielmehr bei Annahme einer solchen „unzweideutig erhellen, daß die Absicht beider Gatten bei ihrem korrespektiven Testament auf sie ging".[2])

---

[1]) Kößler, Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch, in DJZ. 1906 S. 1181.

[2]) Dernburg Bd. 5 S. 265.

Drittes Kapitel.

Die Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall bezw. Ersatzerbfall.

I. Stück. Die Anwartschaft.

§ 6.

Die Natur der Anwartschaft.

Mit dem Erbfall werden nach dem heute geltenden Grundsatz „le mort saisit le vif“ die vom Erblasser an erster Stelle Bedachten sofort Erben. Für den Nacherben und den Ersatzerben ist das Erbrecht bis zum Eintritt des Substitutionsfalles noch in der Schwebe. Diese Zeit der Erwartung ist bei der Nacherbschaft wesentlich, bei der Ersatzerbschaft kann sie auch fehlen und ist von geringer Bedeutung, auch gibt das Gesetz in bezug auf sie keine besonderen Bestimmungen.

Wie jedes bedingte und betagte Recht kommt auch das Erbrecht des Nacherben erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins (§§ 158 Abs. 1, 163 BGB.), also mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§§ 2139, 2108, 2109) zur Entstehung. Vorher kann man nur von einer Anwartschaft sprechen. Diese wird vom Nacherben sofort mit dem Erbfall erworben; sie wird auch als „Anwartschaftsrecht“, als „Recht auf Anfall der Erbschaft“, als „Erwerbsberechtigung“ bezeichnet.

Das Gesetz spricht ausdrücklich von ihr in § 52 GBO. und § 2108 BGB. unter dem Namen „Recht des Nacherben".

Was sollen wir aber darunter verstehen? Mit bloßen Bezeichnungen, Namen, ist für die Ergründung rechtlicher Gebilde wenig gedient. Ohne Zweifel erlangt der Nacherbe mit dem Erbfall eine Rechtsstellung, die er vorher nicht hatte und die auf Erlangung einer anderen endgültigen Rechtsstellung angelegt ist; es ist damit etwas Rechtliches entstanden, was für die weitere Rechtsbildung wesentlich ist; er ist damit in die Lage versetzt und befähigt worden, nach dem Vorerben Erbe zu werden. Hierin liegt das für unsere Frage Entscheidende. Nicht daß der Nacherbe in ein besonderes Forderungsverhältnis zum Vorerben oder in ein besonderes Herrschaftsverhältnis zum Nachlaß tritt, ist hier von Bedeutung, sondern daß er eine besondere Eigenschaft, eine Erwerbsberechtigung erwirbt, die an seine Person bezw. an die Person seines Erben gebunden und somit — darauf werden wir noch später zurückkommen — unübertragbar und unpfändbar ist. Mithin ist es weder ein obligatorisches noch ein dingliches Recht, das hier in Frage kommen kann, vielmehr handelt es sich um eine „Rechtslage", ein „objektives Rechtsverhältnis" im Sinne von Kohler, Affolter, du Chesne, Puntschart, Binder.[1]) Die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen und die mannigfachen obligatorischen Sicherungsmittel sind nur mit Rücksicht auf jene Rechtslage gegeben, auf ihren rechtlichen Charakter sind sie ohne Einfluß.

Hat man die rechtliche Natur der Anwartschaft des Nach-

---

[1]) Kohler, Lehrb. Bd. 1 S. 234; Affolter, Wesen und Arten der objektiven Rechtsverhältnisse im römischen Recht und im BGB., in Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. R. Bd. 36 S. 545; du Chesne, Das Recht des Nacherben, im Zentralbl. f. freiw. Ger. Bd. 8 S. 534; Binder, Vermögensrecht und Gegenstand, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 34 S. 233 ff.

erben erkannt, so mag man diese eigentliche Rechtslage nennen wie man will; es würde überhaupt schwer fallen, Bezeichnungen fallen zu lassen, die das Gesetz selbst kennt und die sich auch in unserer Rechtssprache vollkommen eingebürgert haben. Übrigens ist nicht einmal das definitive Erbrecht selbst, das der Nacherbe mit Eintritt des Substitutionsfalles erlangt, ein wirkliches subjektives Recht, sondern, wie Binder richtig bemerkt, ebenfalls eine Rechtslage; es ist „die Rechtsstellung, die die Konsequenz des Eintritts des Nacherben in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers bildet, die ein Kollektivbegriff mit sehr verschiedenartigen Elementen ist, ein Begriff, der in keiner einzigen Beziehung Verwandtschaft mit einem (einheitlichen) subjektiven Rechte hat".[1])

Wenn wir im folgenden die Ausdrücke Antwartschaft, Recht des Nacherben, Recht auf den Anfall, Erwerbsberechtigung, Anwartschaftsrecht u. a. gebrauchen, so meinen wir damit keine subjektiven Rechte, sondern die obenerwähnten Rechtslagen.

Bevor wir nun auch untersuchen, wie es mit dem Rechte des Ersatzerben vor Eintritt des Substitutionsfalles steht, ist hervorzuheben, daß ein Stadium der Pendenz hier gar nicht notwendig vorzukommen braucht; es fehlt überall da, wo der Institut bereits beim Erbfall weggefallen ist. Eine ähnliche Rechtsstellung, wie sie der Nacherbe während der Vorerbschaft hat, ist für den Ersatzerben nur dann möglich, wenn der Institut erst nach dem Erbfall ausscheidet, sei es, daß er ausschlägt, seine Einsetzung angefochten oder er für erbunwürdig erklärt wird. Abweichungen bestehen insofern, als positive gesetzliche Bestimmungen, die sich auf die Zeit der Erwartung beziehen, hier

---

[1]) So Binder, Vermögensrecht und Gegenstand S. 234; in diesem Sinne auch Affolter a. a. O. S. 602.

ganz fehlen, grundsätzlich aber deshalb, weil mit dem Eintritt des Substitutionsfalles es so angesehen wird, als sei der Institut niemals Erbe gewesen. Irgendwelche Beschränkungen des Instituten fehlen vollkommen; allerdings sind, wenn der Substitutionsfall eintritt, seine Verfügungen unwirksam, aber nicht weil er nur ein beschränktes Recht gehabt hat, wie der Nacherbe bei der Nacherbfolge, sondern weil, wie sich jetzt herausstellt, ihm überhaupt kein Recht zustand. Da aber, wie wir gleich zu Anfang dieser Abhandlung gezeigt haben, der Ersatzerbe unter einer Bedingung eingesetzt ist, so hat er, solange es ungewiß ist, ob seine Einsetzung wirksam ist, dieselbe rechtliche Stellung, wie sie jeder aufschiebend bedingt Berechtigte vor Eintritt der Bedingung hat, wenn sich auch nachher herausstellt, daß er von Anfang an Erbe gewesen ist.

§ 7.

Die Vererblichkeit.

Mit der Frage nach dem Charakter der Rechte der Nacherben und Ersatzerben vor Eintritt des Substitutionsfalles hängt eng zusammen die Frage nach der Vererblichkeit dieser Rechte.

Für die Nacherbschaft müssen wir ausgehen von dem § 2108. Der Abs. 1 dieses Paragraphen fordert entsprechende Anwendung des § 1923 auf die Nacherbfolge. Nach dieser Bestimmung kann Erbe nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt; wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren. Daraus folgt, daß der Nacherbe im Moment des Nacherbfalles schon vorhanden sein muß, mit der Erweiterung nasciturus pro iam noto habetur. Daß der Nacherbe im Moment des Erbfalles noch nicht zu existieren braucht, ist ohne weiteres klar, da § 1923 nur für entsprechend anwendbar

erklärt ist und § 2101 eben den Fall, daß eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt ist, als Nacherbeinsetzung behandelt.

Der Nacherbe muß auf jeden Fall im Moment des Erbfalles noch leben — ein Satz ohne Ausnahme —, und ebenso müßte er nach dem in § 2108 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzip auch im Momente des Nacherbfalles noch leben; allein § 2108 Abs. 2 bestimmt, daß er diesen Zeitpunkt nicht mehr zu erleben braucht, daß, wenn er nur den Eintritt des Erbfalles erlebt hat, er damit eine vererbliche Anwartschaft erwirbt. Das Recht, das der Nacherbe vor dem Eintritt des Substitutionsfalles hat, ist also ein vererbliches.

Davon gibt es aber gemäß § 2108 Abs. 2 zwei Abweichungen: Es ist nicht vererblich, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser nicht will, daß es sich vererbt, und wenn der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt ist, in welchem Fall er im Zweifel die Erfüllung der Bedingung erleben muß.

Von einer Vererblichkeit kann nicht gesprochen werden im Falle des § 2104, wo die Person des Nacherben erst mit dem Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalles bestimmbar ist, und daß schließlich juristische Personen, die als Nacherben eingesetzt sind, ihre Anwartschaft nicht vererben können, ist selbstverständlich.

Hiervon abgesehen, muß man, wie es sich aus den eben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ergibt, bei der Lösung der Frage, ob im einzelnen Falle die Anwartschaft des Nacherben vererblich ist, immer nach dem Willen des Erblassers forschen; aus dem Grunde allein, daß dem Nacherben ein Ersatzerbe bestellt ist, darf daher nicht immer auf die Unvererblichkeit geschlossen werden.[1])

[1]) Strohal S. 171 § 21.

Marcuse vertritt die Meinung, daß in den Fällen des § 2108 Abs. 2, in denen das Recht vererblich ist, eine ähnliche Ersatzerbeinsetzung vorliege wie im § 2069.[1]) Nach diesem wird, wenn der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat und dieser nach der Errichtung des Testaments wegfällt, im Zweifel angenommen, daß dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Die Unterschiede, die zwischen diesen beiden Fällen bestehen, sind nach Marcuse nur äußere. Nach § 2108 Abs. 2 wird nämlich nach seiner Auffassung nur im Fall, daß der eingesetzte Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles verstorben ist, aber dann jeder Erbe des Verstorbenen als Ersatzerbe berufen; nach § 2069 findet bei jedem Wegfall des Eingesetzten eine Ersatzberufung statt, aber hier werden nur dessen Abkömmlinge berufen. Einen inneren Unterschied hat Marcuse übersehen. Es ist nämlich im Falle des Überganges des Rechts des eingesetzten Nacherben auf seine Erben gemäß § 2108 Abs. 2 dieses Recht als Bestandteil des Nachlasses des eingesetzten Nacherben anzusehen. Diesen Satz sprach der 1. Entw. im § 1810 Satz 2 ausdrücklich aus, in der 2. Kommission wurde er als selbstverständlich gestrichen.[2]) Es findet also der Erbe des Nacherben X in den Fällen des § 2108 jene Anwartschaft in dem Nachlaß des X vor. Eine Einsetzung als Ersatzerbe ist damit ausgeschlossen. Der Unterschied zwischen § 2108 Abs. 2 und § 2069 ergibt sich am klarsten, wenn man bedenkt, daß der Erbe des Nacherben X (§ 2108 Abs. 2), wenn er die Erbschaft des X ausschlägt, damit auch die Anwartschaft als

---

[1]) Marcuse S. 72.

[2]) Prot. Bd. 5 S. 82; vgl. auch Mot. Bd. 5 S. 89.

Nacherbe verliert, während im Falle des § 2069 die Erbschaft ausgeschlagen und die Ersatzerbschaft angenommen werden kann.

Die vererbte Anwartschaft gibt dem Erben des Nacherben schon vor dem Eintritt des Nacherbfalles dieselben Rechte, als wenn er selbst zum Nacherben eingesetzt worden wäre.

Hervorzuheben ist schließlich noch eine Eigentümlichkeit des Rechtes des Nacherben vor dem Eintritt des Substitutionsfalles, nämlich daß es selbst als vererbliches noch verloren gehen kann, so in dem Falle, daß der Erblasser einem Abkömmlinge, der zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung keinen Abkömmling hat, für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt hat; nach § 2107 verliert hier der Nacherbe seine Rechte, falls der Abkömmling bei seinem Tode Nachkommen hinterläßt. Das gleiche trifft zu in dem Falle des § 2109, wo die Einsetzung eines Nacherben nach 30 Jahren unwirksam wird.

Auch bei der Ersatzerbschaft ist die Frage nach der Vererblichkeit des Rechts von Wichtigkeit. Besondere Vorschriften gibt es nicht. Der allgemeine Grundsatz, daß der Erbe bei Eintritt des Erbfalles noch leben muß, gilt natürlich auch hier. Meinungsverschiedenheiten bestehen nur darüber, ob der Ersatzerbe auch bei Eintritt des Substitutionsfalles noch leben muß.

Wir haben bereits festgestellt, daß der Ersatzerbe unter einer gewillkürten Bedingung eingesetzt ist, und insofern gegen Strohal Stellung genommen. Auf den ersten Blick möchte es nun scheinen, daß wir mithin § 2074 anwenden und zu dem Resultat kommen müßten, daß der Ersatzerbe im Zweifel den Zeitpunkt des Ausfalles des Instituten erleben muß.[2]) Allein

---

[1]) Strohal Bd. 1 S. 172.

[2]) So Meischeider S. 215ff.

es sind vor allem die §§ 1953 u. 2344 zu berücksichtigen, und auf Grund der Fiktion, der zunächst Berufene habe, falls er überhaupt wegfällt, den Erbfall nicht erlebt, wird der Eintritt der Bedingung, unter welcher der Ersatzerbe berufen ist, auf den Erbfall zurückverlegt; infolgedessen hat der Ersatzerbe, wenn er den Erbfall erlebt hat, auch den Eintritt der Bedingung erlebt, so daß § 2074 überhaupt nicht zur Anwendung kommt.[1]) Somit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß auch das Recht des Ersatzerben vererblich ist. Aber im Gegensatz zu der Nacherbschaft beruht die Vererblichkeit hier auf der Fiktion, der Anfall habe mit dem Erbfall bereits an den Ersatzerben stattgefunden.

Ohne Zweifel kann jedoch der Erblasser bestimmen, daß die Ersatzerbeinsetzung nur gelten soll, wenn der Ersatzerbe den Wegfall des Instituten erlebt; auch dieser Wille des Erblassers muß offenbar berücksichtigt werden, auch wenn er sich nur mittelbar aus den Umständen ergibt. In diesem Falle, der aber in Wirklichkeit wohl selten vorkommen wird, wäre das Recht des Ersatzerben vor Eintritt des Substitutionsfalles allerdings unvererblich.[2])

Bisher haben wir nur den Fall besprochen, daß einem gewöhnlichen, an erster Stelle eingesetzten Erben ein Ersatzerbe bestellt ist. Etwas schwieriger ist die Frage zu lösen, ob und von welchem Zeitpunkt ab das Recht eines Ersatzerben, der einem Nacherben bestellt ist, vererblich ist.

Die Bedingung, unter der dieser Ersatzerbe eingesetzt ist, wird als im Momente des Nacherbfalls eingetreten fingiert,[3]) so

[1]) Planck S. 266; v. Staudinger § 2074 Abs. 5 und S. 387.

[2]) Strohal S. 161.

[3]) Weiter kann die Zurückziehung nicht gehen, weil ja ein Vorerbe vorhanden ist.

daß er also z. B. die Ausschlagung des Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalles nicht zu erleben braucht. Soweit sich mithin kein anderer Wille des Erblassers ergibt, ist das Recht dieses Ersatzerben vom Nacherbfall bis zum Ersatzerbfall gewiß vererblich. Ob das auch für die Zeit vom Erbfall bis zum Nacherbfall anzunehmen ist, darf nach meiner Ansicht nicht vom Standpunkt der Ersatzerbeinsetzung aus betrachtet werden. Es ist folgendes zu berücksichtigen: Schlägt der Nacherbe aus, so tritt der Ersatzerbe an seine Stelle, d. h. er wird Nacherbe. Es sind mithin die Grundsätze, welche für die Vererblichkeit des Rechts eines Nacherben gelten, anzuwenden. Es muß sich also hier die Vererblichkeit im Zweifel auf den nach § 2108 Abs. 2 vom Gesetz vermuteten Willen des Erblassers stützen. Ich meine aber, daß der Erblasser dadurch, daß er jemand zum Ersatzerben eines Nacherben, also zum eventuellen Nacherben einsetzt, schon ziemlich deutlich seinen Willen zum Ausdruck bringt, daß dieser eventuelle Nacherbe den Eintritt des Nacherbfalles nicht zu erleben braucht. Natürlich halte ich es nicht für ausgeschlossen, daß der Erblasser auch einen anderen Willen haben kann, der aber dann, wenn er berücksichtigt werden soll, auf irgendeine Weise erkennbar hervortreten muß.

§ 8.

Ausschlagung und Annahme.

Es ist nun noch zu prüfen, ob der Nacherbe und der Ersatzerbe vor Eintritt des Substitutionsfalles die Erbschaft annehmen und ausschlagen können. Diese Fragen lassen sich richtig nur lösen, wenn man von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Nacherbschaft und Ersatzerbschaft ausgeht. Der Nacherbe wird erst Erbe, nachdem ein anderer Erbe geworden ist, eine Zurück-

ziehung wie bei dem Ersatzerben gibt es hier nicht; solange die Vorerbschaft dauert, kann der Nacherbe nicht Erbe sein. Prinzip ist mithin, daß für den Nacherben der Eintritt des Nacherbfalles dasselbe ist, was für einen anderen Erben der Erbfall. Als Ausnahmeerscheinung haben wir bereits den Satz kennen gelernt, daß das Recht des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls in der Regel vererblich ist, und nun begegnet uns eine zweite Ausnahmebestimmung in § 2142, nämlich daß der Nacherbe die Erbschaft bereits vor Eintritt des Nacherbfalles ausschlagen kann. Ob auch eine Annahme jetzt schon rechtlich bindend erfolgen kann, erwähnt das Gesetz nicht. Hier stehen wir vor einer der bestrittensten Fragen.

Verneint wurde es von Planck in ausführlicher Begründung, bekämpft wurde seine Ansicht in jeder Hinsicht von Strohal, und nun ist neuerdings Wäntig in einer eingehenden Abhandlung für die Ausführungen Plancks gegen Strohal aufgetreten.[1])

Jeder sucht seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte der §§ 1946 u. 2142 zu stützen; schon damit zeigt es sich, wie wenig sichere Schlußfolgerungen aus den Gesetzesmaterialien zu ziehen sind. Für die Entscheidung der Frage läßt Strohal § 1946 maßgebend sein, wonach „der Erbe die Erbschaft annehmen oder ausschlagen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist". Der § 2142 Abs. 1: „Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist" ist für ihn nur ein besonders wichtiger Anwendungsfall der Regel des § 1946 und hätte freilich fortgelassen werden können.[2]) Die Anhänger

[1]) Planck 1. u. 2. Aufl. Bem. 3 zu § 2142; Strohal Bd. 1 § 28a Anm. 3, Bd. 2 § 61a Anm. 1; Wäntig in Zeitschr. d. DNotV. 1906 S. 403ff.

[2]) s. die Ausführungen von Strohal in der von ihm bearbeiteten neuen 3. Aufl. des Planckschen Kommentars Bd. 5 zu § 2142.

der anderen Ansicht lassen § 2142 Abs. 1 ausschlaggebend sein. Sie behaupten, § 1946 komme hier gar nicht in Betracht, weil der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles noch nicht Erbe ist, § 2142 Abs. 1 schließe aber die Möglichkeit anzunehmen aus, indem er ausdrücklich nur die Möglichkeit auszuschlagen gewährt.

Das sind im wesentlichen die Standpunkte, von denen die Streitfrage von der einen und der anderen Seite aus behandelt wurde.

Ich halte die Ansicht, der Nacherbe kann die Erbschaft vor dem Nacherbfall nicht annehmen, für die richtige.[1]) Aus dem Satze, der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist, darf auf keinen Fall gefolgert werden, daß er sie auch schon annehmen kann, denn § 2142 Abs. 1 stellt, wie oben gezeigt, eine Ausnahmebestimmung dar und Sondervorschriften dürfen nicht ausgedehnt werden.

Strohal behauptet, nach der Absicht der Verfasser des Gesetzes sei „Erbe" im Sinne des § 1946 auch der Nacherbe vor Eintritt des Substitutionsfalles. Zudem, sagt Strohal weiter, wenn die Verfasser gewollt hätten, was wir aus dem Gesetz herauszuinterpretieren suchen, so hätten sie den § 1946 einfach in der Form gebracht: „Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald sie ihm angefallen ist". Allein weder die Absicht der Verfasser noch auch die Erwägungen Strohals können vor der positiven Bestimmung des § 1946, der von einem „Erben" spricht, bestehen; daß aber,

[1]) So auch Herzfelder Anm. 3 zu § 1946; Dernburg Bd. 5 S. 174; Meyer § 47 Anm. 14; Kipp Bd. 3 Zusatz 7 zu § 683; and. M. Cosack Bd. 2 § 376 bei Anm. 12a; Endemann § 79 Anm. 10; Wilke Erl. 1 zu § 2142; Neumann Anm. 6 zu § 2142; Frommhold zu § 1946; Binder Bd. 1 S. 106; Meischeider zweifelnd.

ohne daß der Paragraph das ausdrücklich sagt, zur Erledigung dieser Eigenschaft — schon mit Rücksicht auf die Stellung der Vorschrift (s. §§ 1942, 1943, 1944, 1946 !!) — der Anfall der Erbschaft unbedingt erforderlich ist, und daß mithin der Nacherbe vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht Erbe ist, kann nicht bestritten werden.[1]) Außerdem wäre, wenn Strohal recht hätte, § 2142 Abs. 1 ganz überflüssig, es ist aber wenig glaubhaft, daß man bei Auffassung des Gesetzes überflüssige Vorschriften aufgenommen hat. Die richtige Grundlage für die Entscheidung der Frage hat nach meiner Überzeugung Dernburg angegeben, indem er sagt: „Anwartschaften kann man regelmäßig ausschlagen. Daraus ist nicht zu schließen, daß man die Nacherbschaft auch annehmen kann, ehe sie angetragen ist. Das widerspricht den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts".[2])

Wir bleiben demnach bei unserem Grundsatz, daß an Stelle des Erbfalls bei der Nacherbfolge der Eintritt des Nacherbfalls zu setzen ist, so daß dann § 1946 für unseren Fall lautet: Der Nacherbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Nacherbfall eingetreten ist.

Das Gesetz hat aus triftigen Gründen in § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme von dieser Regel zugelassen, einerseits, um dem als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten durch die Ausschlagung zu ermöglichen, sofort nach dem Erbfall seinen Pflichtteil zu erlangen, andererseits, um den Vorerben von den lästigen Fesseln der Nacherbschaft, falls der Nacherbe auf sein Recht gleich verzichten möchte, zu befreien. Die Bestimmung, daß auch die Annahme vor Eintritt des Nacherbfalls erfolgen

---

[1]) s. die zutreffenden Bemerkungen Kretzschmars, Verkauf der Erbschaft durch den Nacherben, im Recht 1909 S. 193 Anm. 3.

[2]) Dernburg Bd. 5 S. 174.

kann, hat das Gesetz nicht getroffen, sei es, daß hierfür keine zureichenden Gründe bestanden, sei es, daß es gerade die vorzeitige Annahme einer Erbschaft, deren Überschuldung sich vielleicht später herausstellt, hindern wollte.

Der Einwand Strohals, daß die Anfechtung der Ausschlagung nach § 1957 als Annahme gelte, so daß also doch vor Eintritt des Nacherbfalls eine Annahme möglich wäre, ist gewiß nicht stichhaltig. Wenn das Gesetz wirklich auf unserem Standpunkt steht, was ich nicht bezweifle, nämlich daß eine Annahme noch nicht bindend erklärt werden kann, so wollte es offenbar in § 1957 keine Abweichung statuieren, vielmehr wird man, wie Wäntig mit Recht sagt, den Satz, daß die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme gilt, mit Bezug auf § 2142 dahin ergänzen dürfen: „soweit die Annahme an sich zulässig ist".

Wie steht es dagegen in diesem Punkt bei der Ersatzerbschaft? Spezielle gesetzliche Vorschriften fehlen. Wir müssen daher auf allgemeine Grundsätze und auf das Wesen der Ersatzerbschaft zurückgehen.

Die Annahme und Ausschlagung sind Willenserklärungen, die, sei es völlig formlos (Annahme!), sei es in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht (Ausschlagung!) abgegeben werden; es fragt sich nur, ob sie auch immer rechtliche Bedeutung haben. Der Ersatzerbe ist nicht gehindert, zu erklären, daß er die Erbschaft annehme; solange es ungewiß ist, ob seine Einsetzung wirksam besteht, solange ist es auch zweifelhaft, ob seine Erklärung rechtliche Wirkungen äußert. Tritt der Substitutionsfall später ein, so ist der Ersatzerbe vom Erbfall ab Erbe gewesen und seine inzwischen erklärte Annahme oder Ausschlagung ist auf Grund des § 1946 für ihn rechtlich bindend; tritt der Substitutionsfall nicht ein, so hat

seine Erklärung gar keine rechtliche Bedeutung. Das ist nach dem Wortlaut des § 1946 ganz unanfechtbar.

Zu einer anderen Entscheidung würde man kommen, wenn § 1946 noch die Fassung hätte, wie er sie als § 2033 im 1. Entw. gehabt hat,[1]) nämlich daß die Erbschaft nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden kann. Da nach § 1944 Abs. 2 diese Frist erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe vom Anfall Kenntnis erlangt, beginnt, diese Kenntnis dem Ersatzerben aber nur der Eintritt des Substitutionsfalles verschafft, könnte er erst nach dem Eintritt annehmen oder ausschlagen.

Die 2. Kommission wollte, als sie dem § 1946 die heutige Fassung gab, nur die Beschränkung, daß die Annahme und Ausschlagung nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist möglich sei, beseitigen; ob sie sich aber bewußt war, daß infolgedessen eine Annahme oder Ausschlagung schon vor dem Substitutionsfall rechtlich wirksam erfolgen kann, scheint mir sehr fraglich. De lege lata ist auf jeden Fall eine andere Lösung der Frage nicht möglich.

Selbst die Annahmeerklärung, die ein Nacherbe abgibt, kann event. rechtswirksam sein. Im Zweifel nämlich ist der Nacherbe auch als Ersatzerbe anzusehen (§ 2102 Abs. 1); nimmt nun der Nacherbe gleich beim Erbfall an und der Vorerbe schlägt etwas später aus, so ist die Annahmeerklärung bindend. Das ist aber keine Abweichung von den oben aufgestellten Grundsätzen, denn in Wirklichkeit ist der Nacherbe hier Ersatzerbe.

Schließlich ist noch zu fragen, wie es mit der Annahme und Ausschlagung eines Ersatzerben A, der für einen Nacherben B eingesetzt ist (Ersatznacherben), steht. Schlägt B nach

---

[1]) Mot. Bd. 5 S. 504; Prot. Bd. 5 S. 624, 626.

dem Nacherbfall aus, so sind die Erklärungen des A in der Zeit zwischen Nacherbfall und Ersatzerbfall bindend; in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall ist er nicht Erbe, er hat da, wie schon wiederholt erwähnt, die rechtliche Stellung eines Nacherben; daher ist wohl die Ausschlagung, nicht aber die Annahme, die in dieser Zeit erfolgte, rechtswirksam.

§ 9.

Vernichtung der Anwartschaft durch Anfechtung und Erbunwürdigkeitsklage.

In diesem Zusammenhang lassen sich auch die Fragen erörtern, ob eine Vernichtung der Anwartschaft durch Anfechtung nach §§ 2078, 2079, 2281 oder durch Erhebung der Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit nach § 2340 vor Eintritt des Substitutionsfalles möglich ist. Im ersteren Falle wird die Einsetzung, also eine erblasserische Erklärung, angefochten, im letzteren Falle der Erbschaftserwerb. Diese beiden Tatsachen sind für die Entscheidung der aufgeworfenen Fragen ausschlaggebend.

Hat der Erblasser bei Einsetzung eines Nacherben oder Ersatzerben sich im Irrtum befunden oder war er durch Drohung bestimmt worden, so kann jene Einsetzung, wenn sie im Erbvertrag erfolgte, bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem nach § 2281 und nach seinem Tode von denjenigen, welchen der Wegfall unmittelbar zustatten käme, nach § 2285 angefochten werden; liegt eine testamentarische Einsetzung vor, so können sie die zuletzt genannten Anfechtungsberechtigten sofort nach dem Tode des Erblassers anfechten. Jedenfalls ist die Anfechtung vor Eintritt des Nacherbfalles bezw. Ersatzerbfalles zulässig, und wenn sie ausgeübt wird, so bewirkt das nach § 142 die

Nichtigkeit der Einsetzung ex tunc, also wie wenn sie nie erfolgt wäre.

Ganz unrichtig ist es, wenn Frommhold sagt, „die Anfechtung letztwilliger Verfügungen kann erst nach dem Eintritt der Wirksamkeit derselben erfolgen“.[1]) Nach ihm ist also die Anfechtung in unseren Fällen erst nach Eintritt des Nacherbfalles bezw. Ersatzerbfalles zulässig. Hierfür spricht weder irgendwelche gesetzliche Bestimmung noch ist auch sonst für diese Annahme ein vernünftiger Grund zu finden. Im Gegenteil, es ist offenbar der Wille des Gesetzes, Rechtsgeschäfte, bei deren Zustandekommen Willensmängel mitgespielt haben, möglichst früh zu beseitigen. Gleich nach Errichtung einer derartigen letztwilligen Verfügung kann deren Aufhebung erfolgen; der Gesetzgeber gibt hier nur deshalb, anders als beim Erbvertrag, dem Erblasser das Anfechtungsrecht nicht, weil er ja immer ohne Angabe von Gründen widerrufen kann; das Bedürfnis der Anfechtung entsteht erst, wenn der Erblasser gestorben ist, aber dann sofort, und daher hat es der Gesetzgeber auch sofort gegeben. Ist dem Anfechtungsberechtigten ein Anfechtungsgrund bekannt, so möge er daher bereits vor dem Eintritt des Substitutionsfalles anfechten, weil es event. nachher zu spät wäre.

Anders verhält es sich bei der Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit, denn hier wird nicht ein mangelhaftes Rechtsgeschäft angefochten, sondern, wie § 2340 ausdrücklich sagt, der Erbschaftserwerb. Vor Eintritt des Substitutionsfalles hat weder der Nacherbe noch der Ersatzerbe die Erbschaft erworben, da letztere ihnen erst mit jenem Zeitpunkte anfällt, folglich wäre die Anfechtung in der Zeit zwischen Erbfall und Nach-

---

[1]) Frommhold, Das Erbrecht des BGB. Anm. 1 zu § 2080.

erbfall bezw. Ersatzerbfall unzulässig. Für die Nacherbschaft hat jedoch das Gesetz in § 2340 Abs. 2 Satz 2 eine Ausnahmebestimmung gegeben: „Einem Nacherben gegenüber kann die Anfechtung erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist". Es wird aber in diesem Falle dann nicht, wie Strohal (Bd. 1 S. 548) mit Recht hervorhebt, der Erbschaftserwerb des Nacherben angefochten, denn ein solcher ist noch gar nicht erfolgt, sondern nur dessen Anwartschaft.

Was den Ersatzerben anbetrifft, müssen wir, da spezielle Vorschriften nicht vorhanden sind, an dem allgemeinen Satz festhalten, daß die Anfechtung erst nach dem Anfall der Erbschaft zulässig ist (§ 2240 Abs. 2 Satz 1). Wer also die Anfechtungsklage gegen den Ersatzerben erhebt, der muß beweisen, daß jenem die Erbschaft angefallen ist; dieser Beweis kann aber während der Zeit der Pendenz niemals erbracht werden; es kann sich erst nach dem Substitutionsfall herausstellen, daß kraft gesetzlicher Fiktion der Anfall bereits mit dem Erbfall erfolgt ist, und daher kann während jener Zeit eine Anfechtungsklage gegen den Ersatzerben nicht angestrengt werden.

Man wird mir vielleicht einwenden, wenn man schon gegenüber dem Nacherben anfechten kann, so muß man erst recht gegen den Ersatzerben anfechten können. Geht man aber der Sache etwas auf den Grund, so wird man bald einsehen, daß dieser Einwand unbegründet ist.

Was würde man praktisch erreichen, wenn die Anfechtungsklage gegen den Ersatzerben schon vor dem Substitutionsfall zulässig wäre? Nicht etwa die Aufhebung der Einsetzung, denn das ist gar nicht der Zweck der Klage. Warum aber sollte der Gesetzgeber jemand zu einem Prozeß nötigen, der viel Arbeit und Kosten verursachen würde, dessen Erfolg mit geringerer oder größerer Sicherheit sowieso eintritt? Der Zweck,

den das Gesetz damit verfolgt, daß es dem Nacherben gegenüber die Anfechtungsklage bereits vor dem Nacherbfall zuläßt, ist unschwer zu ersehen, es will den Vorerben von den lästigen Fesseln der Nacherbschaft sobald als möglich befreien; der Ersatzerbe aber steht vor dem Substitutionsfall niemandem im Wege, hier ist die Anfechtung nach dem Substitutionsfall noch früh genug; meist dauert es auch nicht lange, bis durch Eintritt oder Nichteintritt der maßgebenden Ereignisse Sicherheit geschaffen wird. Ein gleich nach dem Erbfall ergehendes Urteil würde nach § 2344 Abs. 1 bewirken, daß der Anfall an den Ersatzerben als nicht erfolgt gilt, etwas ganz Widersinniges, wenn es zur Substitution überhaupt nicht kommt.

Zu scheinbar unhaltbaren Ergebnissen führt unsere Ansicht in dem Fall, daß der Nacherbe zugleich Ersatzerbe ist. Wird die Erbunwürdigkeitsklage gegen den Nacherben A vor dem Nacherbfall durchgeführt und es schlägt etwas später der Vorerbe B aus, so stellt sich event. heraus, daß A als Ersatzerbe gilt. Die Erbschaftsklage wurde jedoch ganz zu Recht durchgeführt, weil A damals als Nacherbe galt. Fand eine Erbunwürdigkeitserklärung statt, so bezieht sich diese nicht auf seine Eigenschaft als Nacherbe oder Ersatzerbe, sondern einfach auf seine Person, und daß es dabei bleibt, falls der Vorerbe ausschlägt, der Nacherbe also unmittelbarer Erbe des Erblassers wird, mag wohl keine Theorie bezweifeln.

§ 10.

Übertragbarkeit und Pfänd- sowie Verpfändbarkeit.

Es wurde bereits gezeigt, daß der Nacherbe und der Ersatzerbe schon vor dem Substitutionsfall gewisse Rechte haben, die in der Regel vererblich sind und auf welche sie durch Aus-

schlagung verzichten können. Es bleibt nun noch die schwierige Aufgabe zu lösen, ob und inwieweit anderweitige Verfügungen über diese Rechte in der Zeit der Pendenz wirksam erfolgen können.

Sichere Anhaltspunkte finden wir im Gesetz nicht, und auch die Aufschlüsse, welche die Literatur bietet, sind ziemlich spärlich. In bezug auf die Nacherbschaft ist die Abhandlung von Wäntig grundlegend.[1]) Wie wir bezeichnet auch er das Recht des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherfolge als Recht auf Anfall der Erbschaft, als eine Erwerbsberechtigung. Andere Rechte, sagt er, habe der Nacherbe gegenwärtig nicht, insbesondere seien Erbrecht (Anteilsrecht) und Herausgabeanspruch gegen den Vorerben bloß zukünftige Rechte des Nacherben. Nach meiner Ansicht steckt in dem gegenwärtigen Recht auf den Anfall auch schon das Erbrecht und der Herausgabeanspruch, allerdings als bedingte Rechte. Das Recht auf den Anfall kann ja gar nicht gedacht werden ohne das bedingte Erbrecht und den bedingten Herausgabeanspruch. Wäntig sieht hierin rein zukünftige Rechte, weil sie nicht nur von der vom Erblasser willkürlich festgesetzten Bedingung oder Befristung, sondern auch von Rechtsbedingungen, z. B. daß der Nacherbe nicht für erbunwürdig erklärt wird oder nicht ausschlägt, abhängen.

Rein zukünftig sind nach meiner Ansicht nur solche Rechte, zu denen vorläufig kein fester Grund gelegt ist; das trifft hier aber nicht zu, daher sind es bedingte und befristete Rechte; daß sie auch an eine condicio juris geknüpft sind, ändert daran nichts. Trotz dieser Verschiedenheiten stimme ich mit Wäntig in den einzelnen Resultaten überein: Vor allem glaube auch ich, daß der Nacherbe über das Recht auf den Anfall, d. h. über

---

[1]) Wäntig in Zeitschr. d. DNotV. S. 377 ff.

seine anwartschaftliche Rechtslage, einschließlich der akzessorischen Schutzrechte nicht verfügen kann. Denn dadurch würde der Erwerber bei Eintritt des Nacherbfalls die Erbenstellung erlangen, was gegen zwei Grundsätze des geltenden Rechts verstieße, nämlich daß Erbe nur werden kann, wen das Gesetz oder der Wille des Erblassers beruft, und daß man nie das Erbrecht als solches, höchstens das Anteilsrecht als Miterbe übertragen kann.

Die dingliche Veräußerlichkeit des sogen. Rechtes auf den Anfall darf man auch nicht aus der Vererblichkeit dieser Anwartschaft herleiten, wie Wäntig mit Recht bemerkt, denn ein Recht (besser hier: rechtliche Eigenschaft), das durch Universalsukzession auf einen Dritten übergehen kann, ist nicht notwendig auch durch Rechtsgeschäft übertragbar; man denke nur an das Ausschlagungsrecht.

Wie sich aus den Protokollen ergibt,[1]) ging man zwar bei der 2. Lesung von der Annahme aus, daß der zum Nacherben Berufene vom Erbfall an ein festes, vererbliches Recht habe, „das er schon vor dem endgültigen Anfall der Erbschaft verwerten könne und das ihm von seinen Gläubigern entzogen werden kann". Allein dieser wichtige Gedanke hätte, um für uns maßgebend zu sein, irgendwie, etwa bei der Abfassung des § 2108, zum Ausdruck gebracht werden müssen; da das nicht geschehen ist, läßt sich jene Ansicht gegenüber den vom Gesetz ausgesprochenen Grundsätzen nicht halten.

Es liegt auf der Hand, daß der Nacherbe über diese Rechtsstellung, Fähigkeit oder Eigenschaft ebensowenig verfügen kann wie über sonstige rechtserhebliche Eigenschaften; damit ist auch gesagt, daß sie kein Gegenstand des Zugriffs für die Gläubiger ist, d. h. nicht gepfändet werden kann.

---

[1]) Prot. Bd. 5 S. 81 u. 82.

Ist nun auch festgestellt, daß eine Verfügung über die anwartschaftliche Rechtsstellung ausgeschlossen ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Nacherbe nicht über seine späteren Rechte, die mit seiner jetzigen Rechtslage in enger Verbindung stehen, verfügen kann. Diese wichtige Frage wird von der vorigen meist nicht genügend unterschieden.

Hier muß vor allem das schon erwähnte bedingte oder befristete Erbrecht des Nacherben näher betrachtet werden. Eine Verfügung über dieses ist ebenfalls nicht möglich, weil auch dem wirklichen Erben eine Verfügung über sein Erbrecht nicht zusteht. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Erbrecht selbst überhaupt gar nicht. Zwar läßt das Reichsgericht die Verfügung des Nacherben über sein „nacherbschaftliches Recht" allgemein zu.[1]) Die Begründung macht es sich ziemlich leicht, indem es sagt, diese Verfügung falle nicht unter die Bestimmung des § 312 Abs. 1 Satz 1 und die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs spräche für die Annahme eines Verfügungsrechtes des Nacherben. Auf Grund dieser bloß oberflächlichen Behandlung der Frage durch das Reichsgericht kann ich mich nicht entschließen, seiner Ansicht zu folgen, ich halte vielmehr aus den oben angeführten Gründen an dem Satze fest, daß der Nacherbe über sein bedingtes oder befristetes Erbrecht nicht verfügen kann.

Allerdings würde ich in dem konkreten Falle, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegen hat, zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen wie es. In § 2023 Abs. 1 wird dem Miterben die Verfügung über seinen Anteil gestattet; es ist nun zu untersuchen, ob nicht auch einer von mehreren Nacherben (Mitnacherben!) schon vor dem Eintritt des Nacherbfalls jenen Anteil übertragen kann.

---

[1]) Urteil v. 11. 7. 1907, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 73 S. 284 ff.

Unter Anteil am Nachlaß im Sinne des § 2033 Abs. 1 ist der Anteil nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu verstehen, nicht etwa die ganze Rechtsstellung des Mitnacherben während der Vorerbschaft. Dies ergibt sich, wenn man § 2033 in Zusammenhang mit § 2032 betrachtet. Vor dem Nacherbfall ist der Nachlaß noch nicht gemeinschaftliches Vermögen der Mitnacherben, in dieser Zeit haben sie also nur einen bedingten oder befristeten Anteil. Auch das Reichsgericht (a. a. O.) führt richtig aus, „ein Anteil wäre zwar jetzt schon vorhanden, aber nur ein durch das Eintreffen künftiger Ereignisse bedingter". Daß der Miterbe durch Verfügung über seinen Anteil am Nachlaß nach § 2033 nicht auch über sein Erbrecht verfügt, sondern nur über seine Rechte am ungeteilten Nachlaßvermögen, wird in neuerer Zeit fast allgemein anerkannt. Diese allein richtige Ansicht stimmt auch mit der in der Kommission geäußerten Absicht überein, daß der Nacherbe ein Mitgliedsrecht in der Erbengemeinschaft hat, und daß die einzelnen aus dieser Mitgliedschaft sich ergebenden Rechte insgesamt, uno actu, übertragen werden können. Da also der Miterbe über seinen Anteil in diesem Sinne verfügen kann, steht nichts im Wege, auch dem Mitnacherben die Verfügung über sein bedingtes Anteilsrecht zu gestatten.

Wäntig hält dieses Anteilsrecht des Mitnacherben für ein rein zukünftiges. Ich habe bereits erwähnt, daß und warum ich darin mit ihm nicht übereinstimme, aber da er im Anschluß an eine Reichsgerichtsentscheidung[1]) die Verfügung über zukünftige Rechte für möglich hält, kommt er zu demselben Ergebnis.

Die Verfügungsmöglichkeit, die § 2033 dem Mitnacherben

---

[1]) RGE. Bd. 55 S. 334.

gibt, kann für den Alleinnacherben nicht in Betracht kommen, wohl aber gibt es für ihn eine Möglichkeit, über einige seiner eventuellen Rechte schon vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu verfügen.

Wie schon angedeutet wurde, hat der Nacherbe verschiedene bedingte Herausgabeansprüche:

„In § 2130 ist bestimmt, daß der Vorerbe nach dem Eintritte der Nacherbfolge verpflichtet ist, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, wie er sich bei ordnungsmäßiger Verwaltung ergibt.

Nach §§ 2218 u. 667 hat ihm der etwaige Testamentsvollstrecker nach Erledigung der Verwaltungsgeschäfte die Nachlaßgegenstände sowie was er durch seine Amtsführung erlangt hat herauszugeben.

§ 2134 legt dem Vorerben, der einen Erbschaftsgegenstand für sich verwendet, die Pflicht auf, den Wert desselben nach Eintritt der Nacherbfolge dem Nacherben zu ersetzen. Schließlich ist für den ‚befreiten Vorerben' in § 2138 bestimmt, daß er nur die bei Eintritt der Nacherbfolge bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände herauszugeben hat".

Man wird nun zugeben müssen, daß der Alleinnacherbe diese bedingten oder befristeten Forderungen gemäß § 398 abtreten kann.

Obwohl der Mitnacherbe diese bedingten oder befristeten Ansprüche auch hat, so ist doch für ihn ihre Übertragbarkeit zu verneinen, und zwar auf Grund des § 2033 Abs. 1. Dieser Paragraph will den einzelnen Miterben, die zusammen eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden, vor der Auseinandersetzung jede Verfügungsmöglichkeit nehmen, nur die Verfügung über den ganzen Anteil gibt er frei. Auf diesem Standpunkt

steht auch das Reichsgericht.[1]) Was nun für den Miterben gilt, muß sinnentsprechend auch für den Mitnacherben gelten. Dagegen hat die Gesamtheit der Nacherben natürlich die Verfügungsmöglichkeit über jene Ansprüche.

Wie wir nun gesehen haben, ist weder eine Verfügung über das Recht auf den Anfall als Ganzes noch über das bedingte Erbrecht als solches jemals möglich. Daraus folgt, daß auch die Einzelrechte der §§ 2121, 2122, 2123, 2127, 2128 (nämlich die Rechte auf Mitteilung des Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände, auf Feststellung des Zustandes der Nachlaßsachen, auf Feststellung eines Wirtschaftsplans, auf Auskunftserteilung und auf Sicherheitsleistung), die bereits vor Eintritt des Nacherbfalls bestehen, aber nur den Schutz des Nacherben bezwecken, also einen selbständigen Wert nicht haben, sondern nur akzessorische Rechte sind, nicht abgetreten werden können.

Möglich ist mithin nur die Verfügung des Alleinnacherben über seine eventuellen Herausgabeansprüche und die Verfügung des Mitnacherben über seinen eventuellen Anteil.

Nun noch ein Wort über die Form, in welcher diese Verfügungen erfolgen müssen, um wirksam zu sein.

Das Reichsgericht fordert sinnentsprechende Anwendung des § 2033 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der Form der Verfügung eines Nacherben über sein nacherbschaftliches Recht, also gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Verfügungsvertrages.[2]) Das halte ich für richtig, sofern es sich um die Verfügung des Mitnacherben über seinen eventuellen Anteil am Nachlaß handelt. Allein jene Formvorschrift auch auf die Verfügung des Alleinnacherben über seine eventuellen Herausgabeansprüche anzu-

[1]) RGE. Bd. 60 S. 126.

[2]) Bl. f. Rechtsanw. S. 285.

wenden, ist falsch, denn es handelt sich hier weder um einen Anteil noch um einen Miterben.

Das Reichsgericht (a. a. O. S. 285) gibt zwar zu, daß der Alleinnacherbe nicht wirklicher Miterbe und daher § 2033 Abs. 1 nicht unmittelbar anwendbar ist; allein es ist zu berücksichtigen, sagt es weiter, daß die Einsetzung als Nacherbe eine wirkliche Erbeinsetzung ist, mithin eine Mehrzahl von Erben vorliege, und wenn nun dem Nacherben als einem von mehreren Erben ein Verfügungsrecht zusteht, so kann er davon nur unter den Formen, die für den Miterben vorgeschrieben sind, Gebrauch machen. Mir scheint diese Konstruktion erkünstelt und die analoge Ausdehnung zu weit getrieben.

Nach diesen Erörterungen über die Verfügungsmöglichkeit des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Substitutionsfalles bereitet die Frage nach der Verfügungsbefugnis des Ersatzerben wenig Schwierigkeiten. Wenn es sich auch später herausstellt, daß der Ersatzerbe von Anfang an Erbe gewesen ist, stehen doch seine Rechte eine Zeitlang unter einer Bedingung, so daß seine Rechtslage der des Nacherben während der Pendenz der Rechte sehr ähnlich ist. Der Ersatzerbe hat in dieser Zeit ein bedingtes Erbrecht. Dieselben Gründe, weshalb der Alleinnacherbe über sein eventuelles Erbrecht nicht verfügen kann, sind auch hier für den Ersatzerben maßgebend. Dagegen kann ebenso wie der Mitnacherbe auch der Mitersatzerbe seinen eventuellen Anteil am Nachlaß schon jetzt übertragen.

Der Nacherbe hat, wie wir gesehen haben, auch einen bedingten Herausgabeanspruch gegen den Vorerben, über den er verfügen kann; dieser Anspruch hat mit dem „Erbschaftsanspruch“ (§ 2108) viel Verwandtes, ist aber mit ihm nicht identisch, denn was der Vorerbe erlangt hat, hat er auf Grund eines ihm in Wirklichkeit zustehenden Erbrechts erlangt. Anders

liegt die Sache bei dem Ersatzerben; dieser hat nach meiner Ansicht einen wirklichen bedingten Erbschaftsanspruch gegen den Voreingesetzten. Letzterer muß als Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2108 angesehen werden. Am deutlichsten tritt das hervor, wenn man den Fall setzt, daß der Erbschaftserwerb eines erbunwürdigen Instituten angefochten und der betreffende auch für erbunwürdig erklärt wird. Dann zeigt es sich, daß er niemals Erbe war, daß also der Titel seines Erwerbes bloß scheinbares Erbrecht war, und daß mithin der wahre Erbe, hier der Ersatzerbe, mittels des Erbschaftsanspruches das von jenem Erlangte herausverlangen kann.

Diesen bedingten Erbschaftsanspruch sowohl wie auch seinen etwaigen bedingten Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker (§§ 2218, 667) kann der Alleinersatzerbe, nicht aber der Mitersatzerbe schon vor dem Eintritt des Substitutionsfalles abtreten, und zwar das alles aus den bei der Nacherbschaft angeführten Gründen.

Auch bezüglich der Form, in der die zulässigen Verfügungen des Ersatzerben erfolgen müssen, gilt das für den Nacherben Gesagte; also ist für die Verfügung des Mitersatzerben über seinen eventuellen Anteil am Nachlaß gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich.

Soweit die Verfügung des Nacherben und Ersatzerben über ihre bedingten oder befristeten Rechte zulässig ist, soweit ist auch die Pfändung und Verpfändung gestattet (§ 851 ZPO. und § 1274 Abs. 2 BGB.). Allerdings muß dann, soweit Forderungen in Betracht kommen, eine Anzeige an den Schuldner erfolgen (§ 1280 BGB.).

Die dingliche Veräußerlichkeit und die Verpfändbarkeit der bedingten Rechte ist für den Nacherben von größerer Wichtigkeit als für den Ersatzerben, weil ja das Stadium der Pendenz

bei der Nacherbschaft 30 Jahre und sogar noch länger dauern kann und während dieser langen Zeit die Möglichkeit, sich Vorteile, z. B. Kredit aus der Nacherbeinsetzung zu verschaffen ohne Verfügungsbefugnis und Stellung einer dinglichen Sicherheit, fast ganz ausgeschlossen wäre.

Allein die Verfügung, Verpfändung und Pfändung, die sich auf die bedingten Rechte des Nacherben beziehen, haben immerhin einen bloß zweifelhaften Wert, denn da eine Annahme bei der Nacherbschaft, wie wir gesehen haben, vor Eintritt des Nacherbfalles ausgeschlossen ist, also auch nicht in diesen Rechtshandlungen erblickt werden kann, so ist immer noch eine Ausschlagung der Erbschaft möglich, wodurch dann die Rechte desjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung, Verpfändung oder Pfändung erfolgte, vereitelt werden.

Anders steht es bei der Ersatzerbschaft; hier kann die Annahme schon vor dem Eintritt des Substitutionsfalles erfolgen, und eine solche muß meiner Ansicht nach in der Verfügung und Verpfändung erblickt werden, so daß also hier eine Ausschlagung nachträglich nicht mehr möglich ist.

Bisher war immer nur von dinglichen Rechtsgeschäften die Rede; was nun den obligatorischen Vertrag über die Nacherbschaft und Ersatzerbschaft anbelangt, so geht wenigstens so viel aus den Motiven hervor,[1]) daß solche in der Zeit zwischen Erbfall und Substitutionsfall gültig sollen abgeschlossen werden können. Auch de lege lata kann gegen die Wirksamkeit eines derartigen obligatorischen Veräußerungsgeschäfts, soweit es sich

---

[1]) vgl. zu allen in diesem Paragraphen behandelten Fragen die vorzügliche Darstellung von Kretzschmar, Verkauf der Erbschaft durch den Nacherben, im Recht 1909 S. 198 ff.; ich schließe mich seinen Ausführungen vollkommen an.

innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen hält, nichts eingewendet werden. Es kann sich somit der Nacherbe und ebenso der Ersatzerbe verpflichten, daß er im Falle des Eintritts des Substitutionsfalles die Verbindlichkeiten eines Verkäufers der Erbschaft haben will.

§ 11.

II. Stück. Sicherung des Anwärters.

Wenn der Institutus den Erbfall erlebt und nicht verzichtet hat, dann ist das Recht des Ersatzerben immer abhängig von einer Bedingung, das des Nacherben von einer Bedingung oder Befristung. Solange die Bedingung schwebt, also vor Eintritt des Substitutionsfalles, könnte eine Beeinträchtigung der späteren Rechte des an zweiter Stelle Berufenen durch den an erster Stelle Berufenen sehr leicht vorkommen; besonders bei der Nacherbschaft ist dies gut möglich.

Um das zu verhüten, hat das Gesetz dem Nacherben zahlreiche Rechtsbehelfe gegeben; sie sind der Ausfluß der in den §§ 2112—2130 enthaltenen Bestimmungen über die Rechte und Verpflichtungen des Vorerben mit Rücksicht auf den Nacherben. Die Tragweite und Bedeutung der einzelnen fraglichen Vorschriften kann hier nicht näher untersucht werden, nur das Wesentlichste will ich hervorheben, um eine übersichtliche Gegenüberstellung mit der Ersatzerbschaft zu ermöglichen.

Der Vorerbe ist nach Bürgerlichem Gesetzbuch Herr der Erbschaft, daher steht ihm grundsätzlich die rechtliche Verfügung über die Nachlaßgegenstände zu (§ 2112), aber zur Sicherung der späteren Rechte des Nacherben treffen ihn einige Beschränkungen. Vor allem sind die Verfügungen über Grundstücke und Rechte an denselben mit Eintritt des Falles der

Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen (§ 2113). Allein wenn keine Eintragung des Nacherben im Grundbuch erfolgte und der Vorerbe würde über ein Grundstück verfügen, so wäre das für den gutgläubigen Erwerber für immer wirksam, da er durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, der dem Satze des § 2113 vorgeht, geschützt würde, und der Nacherbe hätte das Nachsehen. Um diese Gefahren für den Nacherben möglichst zu beseitigen, bestimmt § 52 GBO., daß bei Eintragung des Vorerben von Amts wegen auch der Nacherbe einzutragen ist; das Grundbuchamt ist in der Lage, dies zu tun, weil ja der Vorerbe das Testament vorzeigen muß, aus dem das Gericht die Einsetzung des Nacherben ersieht; auch hat der Nacherbe das Recht, seine Eintragung zu beantragen (§ 894 BGB.); damit hängt schließlich noch zusammen, daß in dem Erbschein, der dem Vorerben erteilt wird, die Existenz des Nacherben vermerkt sein muß (§ 2363 BGB.).

Mit Rücksicht auf den Nacherben bestimmt § 2113 Abs. 2 weiter, daß unentgeltliche Verfügungen des Vorerben, soweit nicht übliche Geschenke in Frage stehen, ebenso zu behandeln sind wie Verfügungen über Grundstücke. Auch hier greift jedoch der gute Glaube (§ 932) ein, aber der hilft dem Erwerber nicht viel, weil nach § 816 der Nacherbe verlangen kann, daß ihm die Bereicherung herausgegeben wird.

Gehört zum Nachlaß ein Grundpfandrecht, so steht die Kündigung und Einziehung zwar dem Vorerben zu, aber das Interesse des Nacherben wird dadurch geschützt, daß das Kapital an den Vorerben nur mit Einwilligung des Nacherben gezahlt oder nur auf beider Namen hinterlegt werden kann (§ 2114). Mit den Beschränkungen des Vorerben in bezug auf Grundstücke und Grundpfandrechte hängt zusammen § 2120, welcher

bestimmt, daß wenn solche Verfügungen des Vorerben zur Verwaltung nötig sind, er die Einwilligung des Nacherben verlangen kann, wodurch dann die Verfügungen absolut gültig werden.

§ 2115 statuiert nachträgliche Unwirksamkeit aller Verfügungen, welche die Gläubiger des Vorerben in irgendeiner Weise über Nachlaßgegenstände treffen,[1]) wodurch der Nacherbe beeinträchtigt würde, während doch der Vorerbe nur in der Verfügung über Grundstücke und Grundpfandrechte beschränkt ist. Allein man muß bedenken, daß der Vorerbe in bezug auf Verfügungen über andere Gegenstände obligatorisch beschränkt ist, und da seine Gläubiger keine solche Pflichten haben, so muß das Gesetz, um den Nacherben wirksam zu schützen, den Zugriff unmöglich machen. Weil aber die Unwirksamkeit erst mit dem Nacherbfall eintritt, könnte der Nacherbe trotzdem oft Schaden leiden, daher greifen die Zivilprozeßordnung und die Reichskonkursordnung ein. Nach § 773 ZPO. soll eine Veräußerung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht stattfinden, wenn dieselbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 unwirksam wäre, daher kann auch der Nacherbe, wenn Anstalten zur Veräußerung oder Überweisung getroffen werden, nach § 771 ZPO. die Exekutionsinterventionsklage erheben. Ferner darf der Konkursverwalter im Konkurs über das Vermögen des Vorerben keine Verfügungen treffen, die nach Maßgabe des § 2115 nachträglich unwirksam sind (§ 128 KO.). Schließlich hat der Nacherbe zum Schutz seiner Rechte auf die Nachlaßsachen schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge ein Aussonderungsrecht im Konkurs[2]) (§ 43 KO.).

---

[1]) Zu diesen Gläubigern zählen nicht die Nachlaßgläubiger und solche Gläubiger, deren Rechtsakt gegenüber dem Nacherben wirksam ist (§ 2115); z. B. der Vorerbe hat die Zustimmung zu einem Darlehn bekommen.

[2]) Dernburg Bd. 5 S. 170 ff.

Ebensowenig wie jeder andere Erbe kann der Vorerbe über sein Erbrecht dinglich verfügen, nur als Mitvorerbe kann er, solange der Nachlaß noch nicht geteilt ist, seinen Anteil übertragen, natürlich unbeschadet der Rechte des Nacherben.[1])

Mit der Frage, ob jemandem die Verfügung über sein Vermögen zusteht, hängt die weitere Frage zusammen, ob er über das Vermögen Prozesse führen kann. Daß der Vorerbe hierzu legitimiert ist, ergibt sich mit Notwendigkeit aus seiner Erbenstellung; aber da, wie wir festgestellt haben, der Nacherbe nicht Rechtsnachfolger des Vorerben ist, könnten an und für sich Urteile, die zwischen dem Vorerben und einem Dritten über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand vor Eintritt der Nacherbfolge ergangen sind, weder für noch gegen den Nacherben wirken (§ 325 ZPO.). Im Interesse des Nacherben und zur Vermeidung mehrfacher Prozesse hat das Gesetz eine Ausnahme geschaffen im § 326 ZPO.: Wenn der Vorerbe ein günstiges Urteil erzielt, so wirkt das auch für den Nacherben, dagegen ein Urteil, in dem der Vorerbe unterlegen ist, wirkt gegen den Nacherben nur in bezug auf solche Nachlaßgegenstände, über die der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben verfügen darf (z. B. Mobilien, Forderungen).

Außer den gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben gibt es noch solche, die der Nacherbe nach seinem Willen durchsetzen kann: Zum Nachlaß gehörende Wertpapiere müssen auf Verlangen des Nacherben öffentlich hinterlegt werden mit der Bestimmung, daß die Herausgabe nur mit seiner Zustimmung geschieht, oder sie müssen außer Kurs gesetzt, d. h. auf den Namen des Vorerben unter Ausschluß seines alleinigen Ver-

[1]) Planck S. 271.

fügungsrechtes umgeschrieben werden (§§ 2116, 2117 BGB.). Bei Buchforderungen gegen Reich oder Bundesstaat ist auf Verlangen des Nacherben ein Vermerk in dem Buch aufzunehmen, daß er Nacherbe sei, d. h. daß der Vorerbe nur mit seiner Zustimmung darüber verfügen kann (§ 2118 BGB.).

Zum Schutz der nacherbschaftlichen Ansprüche ist der Vorerbe nicht allein in der Verfügung beschränkt, sondern er ist auch obligatorisch verpflichtet, auf den Nacherben Rücksicht zu nehmen. Wie sich aus § 2130 ergibt, ist der Vorerbe verpflichtet, die Erbschaft ordnungsmäßig zu verwalten. Diese Verwaltungspflicht ist im Gegensatz zum Verwaltungsrecht, das ihm als Herrn der Erbschaft zweifellos zusteht, im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, um als Korrelat zu dem Verfügungsrecht des Vorerben den Nacherben nicht nur dinglich, sondern auch obligatorisch zu sichern.

Bares Geld, das nicht zu Ausgaben nötig ist, hat der Vorerbe mündelsicher anzulegen (§ 2119); auch kann der Nacherbe Errichtung eines Inventars und speziell für einen Wald einen Wirtschaftsplan verlangen (§§ 2121, 2122, 2123).

Weiter hat der Nacherbe, allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen, die Rechte aus §§ 2127, 2128: Er kann, wenn eine erhebliche Verletzung seiner Rechte durch die Verwaltung des Vorerben zu besorgen ist, Auskunftserteilung, und wenn das Verhalten oder die ungünstige Vermögenslage desselben Besorgnis begründet, Sicherheitsleistung fordern. Letztere kann zwar nicht direkt erzwungen werden, aber wenn der Vorerbe nach rechtskräftiger Verurteilung sie nicht leistet, wird nach ergebnislosem Ablauf einer ihm gesetzten Frist vom Gericht ein Verwalter ernannt, wodurch dem Vorerben dann jede Verfügung über den Nachlaß entzogen ist (§§ 2129 u. 1052). Diese

dürfte wohl von allen zum Schutz des Nacherben aufgestellten Vorschriften am zuverlässigsten wirken.

Im Anschluß hieran ist nun noch zu erwähnen, daß der Nacherbe, wie jeder suspensiv bedingt Berechtigter, unter Umständen Arrest und einstweilige Verfügung erwirken kann (§§ 916 ff. u. 935 ff. ZPO.).

Das Verhältnis des Ersatzerben zum Vorberufenen während der Pendenz gestaltet sich ganz anders wie das zwischen Nacherben und Vorerben; das folgt schon aus dem Begriff des Ersatzerben als Ersatzmann im Gegensatz zum Nacherben als Nachmann. Da der Vorberufene im Falle des Eintritts des Substitutionsfalls überhaupt nicht als Erbe gilt, und bis sich das entscheidet in der Regel nur kurze Zeit vergeht, hat das Gesetz keine besondere Vorschriften bezüglich des Verhältnisses zwischen Vorberufenem und Ersatzerben getroffen. Vor allem wird der Ersatzerbe während der Pendenz seiner Rechte nicht in dem Maße geschützt wie der Nacherbe, z. B. steht ihm nicht, wie dem Nacherben, das wichtige Recht zu, Sicherheitsleistung zu verlangen, er kann nur wie jeder bedingt Berechtigte von den allgemeinen Sicherungsmitteln des Arrestes und der einstweiligen Verfügung unter Umständen Gebrauch machen (§§ 916 u. 935 ff. ZPO.).

Vor dem Substitutionsfall wird der Vorberufene als Erbe angesehen, und zwar nicht für eine gewisse Zeit, wie der Vorerbe, sondern für immer; daraus erklärt sich, daß Verfügungsbeschränkungen des Vorberufenen nicht bestehen, und daß weder im Grundbuch noch in dem ihm erteilten Erbschein des Ersatzerben Erwähnung getan wird.

Da ein eventueller Nachlaßpfleger die Verwaltung für denjenigen besorgt, der definitiv Erbe ist, so ist selbstverständlich,

daß die Sicherung des Nachlasses durch gerichtliche Bestellung eines Pflegers auch dem Ersatzerben zustatten kommt.

Erst mit dem Eintritt des Substitutionsfalles zeigt es sich, daß der Vorberufene im Verhältnis zum Ersatzerben die Stellung eines völlig Nichtberechtigten oder vielleicht die eines Geschäftsführers ohne Auftrag gehabt hat; welche Wirkungen sich daraus ergeben, bleibt im folgenden noch zu erörtern.

Viertes Kapitel.

Der Erbschaftserwerb des Anwärters.

§ 12.

Der Eintritt des Substitutionsfalles ist für die Nacherbschaft wie für die Ersatzerbschaft von gleich großer Bedeutung; er ist für beide wesentlich. Mit ihm hört der Schwebezustand auf, und es werden nun Nacherbe und Ersatzerbe ipso iure Erben des Erblassers, also dessen Gesamtrechtsnachfolger. § 2139 drückt dies mit den Worten aus: „Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an“. Bei der Ersatzerbschaft findet eine Rückziehung des Anfalles auf den Zeitpunkt des Erbfalles statt, nicht dagegen bei der Nacherbschaft; es würde das ja ihrem Wesen widersprechen.

Die Wirkungen des Eintritts der Nacherbfolge und damit zusammenhängende Fragen hat das Gesetz eingehend geregelt. Da das Erbewerden des Nacherben ipso iure mit dem Eintritt des maßgebenden Ereignisses oder Zeitpunktes sich vollzieht, bedarf es einer Restitution der Erbschaft nicht; allerdings ist von diesem Augenblick an der Vorerbe verpflichtet, die Erbschaft herauszugeben (§ 2130), aber diese tatsächliche Herausgabepflicht soll nur den äußeren Zustand herstellen, der dem Rechtszustand entspricht. Eigentümer der Nachlaßgegenstände ist der Nacherbe ohne weiteres geworden. Das zeigt sich besonders bei den

Grundstücken; sind dieselben auf den Namen des Vorerben eingetragen, so ist das Grundbuch jetzt unrichtig und der Nacherbe kann Berichtigung verlangen; damit konstatiert er, daß er schon Eigentümer ist.

Die Nacherbfolge kann eintreten, ohne daß der Vorerbe das weiß; es wäre aber sehr hart, wenn er nun sofort das Verfügungsrecht verlöre; daher gibt § 2140 hier eine ähnliche Bestimmung wie § 169 bei der Vollmacht; es soll nämlich seine Verfügungsmacht fortdauern, bis er von dem Eintritt der Nacherbfolge Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß, vorausgesetzt, daß auch der Dritte den Eintritt noch nicht kennt oder ihn kennen muß.

Auch für die Nachlaßgläubiger ist dieser Vorgang von Bedeutung, und da er in der Außenwelt nicht hervortritt, ist der Vorerbe ihnen gegenüber gemäß § 2146 Abs. 1 verpflichtet, den Eintritt unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig werden kann; doch soll auch die Anzeige des Nacherben genügen (§ 2146 BGB.).

Nach Eintritt des Nacherbfalles erfolgt die Auseinandersetzung zwischen Vorerben und Nacherben; besonders wichtig für dieselbe ist, daß die von dem Erblasser herrührenden, in der Hand des Vorerben durch Vereinigung erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten als nicht erloschen gelten (§ 2143). Die Grundlage der Auseinandersetzung bilden die während der Zeit der Vorerbschaft getroffenen Maßregeln: Inventar, Feststellung durch Sachverständige, Auskunftserteilung, Wirtschaftsplan. Was herauszugeben ist, muß unter Beachtung der §§ 2111, 2131 ff. bestimmt werden. Vor allem natürlich die noch in natura vorhandenen Nachlaßgegenstände, aber auch noch manch anderes. Der Bestand des Nachlasses kann sich nämlich geändert haben. Soweit Veränderungen durch ordnungswidrige Verwaltung des

Vorerben entstanden sind, hat er den Wert zu ersetzen oder Schadensersatz zu leisten, wenn ihn culpa in concreto trifft. Vermehrungen als Früchte und Nutzungen verbleiben dem Vorerben, aber wenn er Früchte im Übermaß zieht, muß er sie herausgeben (§ 2133). Auch trägt der Vorerbe die laufenden Kosten und Lasten, dagegen die ordentlichen Aufwendungen kann er, wenn sie notwendig sind, aus der Erbschaft bestreiten, wenn nicht, so hat er nur wie ein negotiorum gestor ohne Auftrag einen Ersatzanspruch gegen den Nacherben (§§ 2124, 2125, 2126 BGB.).

Hat der Vorerbe eine Nachlaßsache für sich selbst verwendet, so hat er jedenfalls den Wert, den sie in jener Zeit gehabt hat, zu ersetzen, und wenn ihn ein Verschulden trifft, hat er außerdem Schadensersatz zu leisten; ebenso haftet er auf Schadensersatz, wenn er dem § 2113 Abs. 2 zuwider unentgeltlich verfügt oder die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert hat (§ 2138 Abs. 2).

Weiter bekommt der Nacherbe kraft des bereits früher erwähnten Surrogationsprinzipes (§ 2111) alles, was auf Grund eines Rechtes des Nachlasses erworben wurde und nicht zu den Nutzungen und Früchten gehört, ferner alle Ersatzwerte für Schädigungen, Vernichtung oder Entziehung von Nachlaßsachen und alles, was mit Mitteln des Nachlasses vom Vorerben erworben ist. Für den Fall, daß bei Eintritt der Nacherbfolge ein Miet- oder Pachtverhältnis über ein Erbschaftsgrundstück besteht, soll nach § 2135 dasselbe gelten, wie wenn ein Nießbraucher verpachtet oder vermietet hätte, d. h. die Vermietung gilt für den Nacherben, aber er kann mit der gesetzlichen Frist kündigen (§§ 1056, 572 ff. BGB.).

Für die Herausgabe landwirtschaftlicher Grundstücke gelten dieselben Regeln wie im Falle einer Verpachtung, also die Vor-

schriften, die sich beziehen auf die Früchte, die im Momente der Herausgabe noch nicht geerntet sind (§§ 2130, 592, 593). Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge auf Grund der §§ 2130, 260 ein Verzeichnis vorlegen und dasselbe event. durch Offenbarungseid bestärken muß; auch kann der Nacherbe jetzt Rechnungslegung vom Vorerben verlangen (§ 2130 Abs. 2).

Wie mit Eintritt des Nacherbfalles der Nacherbe das Verfügungsrecht erhält und die Nachlaßaktiva auf ihn übergehen, so beginnt in diesem Augenblick auch seine Schuldenhaftung den Erbschaftsgläubigern gegenüber. Er soll aber alle Mittel der Haftungsbeschränkung haben wie jeder gewöhnliche Erbe; als Nachlaß gilt hier das, was er vom Vorerben bekommt und was er als Nacherbe beanspruchen kann (§ 2134 Abs. 1). Der Nacherbe kann sich berufen auf ein Inventar, das der Vorerbe errichtet hat, und zwar selbst dann, wenn es dem Zustand des Nachlasses bei Eintritt der Nacherbfolge nicht entspricht,[1]) doch kann ihm noch § 2005 Abs. 2 eine neue Inventarfrist gesetzt werden, und wenn der Nacherbe jetzt seine Inventarpflicht verletzt, verliert er damit natürlich das Recht der Beschränkung der Haftung.

Ein Inventarverstoß des Vorerben schadet dem Nacherben nicht, er kann dennoch seine Haftung beschränken. Dagegen hat der Nacherbe das Recht der beschränkten Haftung dem Vorerben gegenüber auch dann, wenn er dieses Recht gegenüber den übrigen Nachlaßgläubigern eingebüßt hat (§ 2114 Abs. 3).

Mit dem Eintritt des Nacherben in die Nachlaßverbindlichkeiten scheidet der Vorerbe aus; davon macht das Gesetz zwei Ausnahmen: Nach § 2145 Abs. 1 fährt der Vorerbe fort, zu

---

[1]) Planck zu § 2144 Ziff. 4.

haften, soweit der Nacherbe nicht haftet. Nach den Ausführungen der Denkschrift[1]) gehört dahin die Haftung für Vermächtnisse, die dem Vorerben ausdrücklich auferlegt ist, und der Fall, daß der Vorerbe Inventarverstoß begangen hat, der Nacherbe aber gemäß den allgemeinen Vorschriften (§§ 1950 ff.) nur beschränkt haftet. Die Haftung des Vorerben bleibt ferner für solche Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, die im inneren Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben dem Vorerben zur Last fallen (§ 2145 Abs. 1). Hier handelt es sich namentlich um rückständige Zinsen von Nachlaßschulden und gewöhnliche Erhaltungskosten (§ 2124). Soweit der Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge noch haftet — beschränkbar natürlich —, kann er auf Grund der ihm vom § 2145 Abs. 2 gewährten Einrede die Nachlaßgläubiger auf das verweisen, was ihm von der Erbschaft gebührt. Haftet er aber nicht mehr, so kann er der gegen ihn event. erhobenen Klage den Einwand des Mangels der Passivlegitimation entgegensetzen, und falls er bereits verurteilt ist, kann er die ihm aus dem Eintritt der Nacherbfolge gegen das Urteil entstandenen Einwendungen mittels Klage nach § 767 ZPO.[2]) geltend machen.

Bisher haben wir die normale Stellung des Nacherben geschildert. Das Gesetz erlaubt aber dem Erblasser, dieselbe durch spezielle Anordnungen zu modifizieren. Der Erblasser kann die Verwaltung des Nachlasses während der Vorerbschaft einem Testamentsvollstrecker übertragen (§ 2209), was unter Umständen für den Nacherben von großem Vorteil sein wird. Auch eine Verschlechterung der Stellung des Nacherben durch besondere Bestimmungen des Erblassers ist möglich; er kann namentlich den Vorerben von den in § 2136 aufgezählten Beschränkungen und

---

[1]) Mugdan Bd. 5; Denkschr. S. 866.

[2]) Dernburg Bd. 5 S. 140.

Verpflichtungen befreien; auf alle diese zusammen braucht sich die Befreiung durchaus nicht zu erstrecken, sondern der Erblasser kann ganz nach Belieben nur einzelne aufheben, so daß die Nacherbschaft in den verschiedensten Formen vorkommen kann.

Wenn der Erblasser den Nacherben einsetzt auf den Überrest, oder wenn er bestimmt, daß der Vorerbe freie Verfügung haben soll, so gilt nach § 2137 die Befreiung von allen in § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet. Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich dann auf folgendes: Er muß dem Nacherben herausgeben, was am Ende der Vorerbschaft von dem Nachlaß noch vorhanden ist, für die Verwaltung ist er nicht verantwortlich, und was er verbraucht hat, ist nicht zu ersetzen; er haftet aber, damit der Nacherbe nicht ganz schutzlos ist, für das, was er verschenkt hat, auf Wert- oder Schadensersatz und ebenso für dolose Minderung des Nachlasses (§ 2138 Abs. 2).

Speziell auf die Rechtslage der Ersatzerbschaft nach Eintritt des Substitutionsfalles bezügliche Verschriften enthält das Gesetz nicht, aber da, wie schon oft hervorgehoben, derselbe Grundsatz wie bei der Intestaterbfolge, namentlich daß der Anfall an den Voreingesetzten als nicht erfolgt und der Ersatzerbe von Anfang an[1]) als Erbe gilt, zur Anwendung kommt, gestaltet sich die Rechtslage hier teilweise anders als bei der Nacherbschaft.

Daß die in der Hand des Vorerben durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als ununterbrochen fortbestehend

---

[1]) D. h. entweder vom Erbfall, oder wenn der Ersatzerbe an Stelle eines Nacherben (Ersatznacherbe) eingesetzt ist, vom Zeitpunkt des Nacherbfalles an, denn hier ist ja der Vorerbe eine Zeitlang Erbe.

gelten, wie dies in § 2143 für die Nacherbfolge ausdrücklich bestimmt ist, folgt hier ohne weiteres aus der Fiktion der Rückziehung.

Zur Erläuterung der weiteren Rechtsverhältnisse, die mit Eintritt des Substitutionsfalles bei der Ersatzerbschaft entstehen, müssen wir auf allgemeine erbrechtliche Grundsätze zurückgreifen. Da für die Wirkungen des Ersatzerbfalls infolge Ausschlagung Besonderes gilt (§ 1959), lassen wir diesen Fall vorläufig noch etwas beiseite.

Mit Eintritt des Substitutionsfalles zeigt es sich, daß die Verfügungen, die der Vorberufene über Nachlaßgegenstände getroffen hat, solche eines Nichtberechtigten sind; daher erweisen sie sich jetzt als nichtig. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wird jedoch dem gutgläubigen Erwerber eines Grundstücks Schutz gewähren (§§ 892, 893). Auch kann dem Vorberufenen ein Erbschein erteilt sein, was dann auch Dritten zugute kommt (§§ 2365, 2366). Dagegen wird § 932 in der Regel nicht helfen (event. aber § 935 Abs. 2), denn die Nachlaßgegenstände, über die der Vorberufene verfügt hat, sind dem wahren Eigentümer, hier dem Ersatzerben, abhanden gekommen, weil ja auch der Besitz als mit dem Erbfall auf den Ersatzerben übergegangen gilt (§ 857).[1]) Nur in den seltenen Fällen, wo der Vorberufene schon bei Lebzeiten des Erblassers die Sachen etwa als Pächter oder Entleiher erhalten hatte, findet § 932 Anwendung. Selbst Verfügungen, die ohne Schaden für den Nachlaß nicht unterlassen werden konnten, sind unwirksam; anders nur in dem später zu erörternden Falle der Ausschlagung.

Der Besitz, den der Vorberufene auf Grund des § 857 mit dem Erbfall erlangt hatte, gilt nun als nicht erlangt. Oft wird

---

[1]) Strohal Bd. 2 S. 185 Anm. 13; Hellwig S. 461 Anm. 19.

jedoch der Fall so liegen, daß er Nachlaßsachen vor dem Substitutionsfall auch bereits unter seine tatsächliche Gewalt gebracht hat; dann kann der Ersatzerbe mittels Singularklagen (Eigentumsklage etwa) gegen ihn vorgehen, er kann sich aber auch der hereditatis petitio bedienen, denn wie wir bereits festgestellt haben, ist der Vorberufene Erbschaftsbesitzer, da er etwas auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts erlangt hat (§ 2018).[1]) Was er hiernach herausgeben muß, ist in den §§ 2018—2032 genau geregelt. Wie sich aus diesen Bestimmungen ergibt, macht es einen großen Unterschied, ob der Vorberufene im guten Glauben war oder nicht. Ersterenfalls ist er zur Herausgabe nur nach dem Maße seiner ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (§ 2021); auch muß er dann nur die gezogenen Nutzungen herausgeben (§ 2026) und ist besonders dadurch begünstigt, daß § 2022 ihm eine weitgehende Impenseneinrede gewährt. Letzterenfalls haftet er für jedes Verschulden bezüglich der Nachlaßsachen; nicht minder haftet er für fructus percipiendi, und es sind ihm nur die Verwendungen zu ersetzen, die er auf die einzelnen Nachlaßgegenstände, nicht aber auch solche, die er auf den gesamten Nachlaß gemacht hat; auch jene sind ihm nur, soweit sie notwendig waren, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen (§§ 2024, 2023, 694, 677).

Wann ist aber der Vorberufene im guten Glauben?

Tritt der Substitutionsfall infolge Anfechtung der Einsetzung ein, so ist der Vorberufene gutgläubig, wenn er den Grund der Anfechtbarkeit weder kannte noch kennen mußte. Wird der Vorberufene für erbunwürdig erklärt, so war er in der Regel

---

[1]) Auch gegenüber Singularklagen des Ersatzerben haftet der Vorberufene nur nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2029).

nicht im guten Glauben, da es nicht leicht möglich ist, daß ihm die Anfechtungsgründe des § 2339, soweit sie ihn betreffen, nicht bekannt waren. Nur wenn er irrtümlich geglaubt hat, der Erblasser habe ihm verziehen oder es habe ein Fall des § 2339 Abs. 2 vorgelegen, wird man ihn für einen redlichen Erbschaftsbesitzer halten müssen.

Betrachten wir nun den Fall, daß der Vorberufene ausschlägt. Gutgläubiger Erbschaftsbesitzer ist er dann gewiß nicht, denn solange er noch nicht angenommen hat, also sich die Ausschlagung vorbehält, weiß er sehr wohl, daß er noch nicht definitiver Erbe ist. Aber wie die Motive mit Recht hervorheben,[1]) ist er auch nicht als bösgläubiger Erbschaftsbesitzer zu behandeln. Er wird in dieser Zeit meist noch unentschlossen sein, ob er Erbe bleiben will oder nicht; mit der Erbschaft wird er sich aber kaum befassen können, weil darin event. eine Annahme erblickt werden könnte, und es wäre daher auch ganz unbillig, ihn für fructus percipiendi haftbar zu machen. Es sind hier besondere Bestimmungen nötig, und diese gibt das Gesetz in § 1959. Danach sollen auf das Verhältnis zwischen dem definitiven Erben und dem Ausschlagenden, der erbschaftliche Geschäfte[1]) besorgt hat, die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung finden (§§ 677 ff.). Verfügungen, die ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden konnten, sollen vollwirksam bleiben, und ebenso diejenigen Rechtsgeschäfte, welche gegenüber dem Erben als solchem vorzunehmen sind, wenn sie vor der Ausschlagung erfolgten (§ 1959).

Einen Erbschein kann der Ausschlagende nicht besessen haben, da im Antrag auf Erteilung eine Annahme zu erblicken

---

[1]) Natürlich kann es sich nur um solche Geschäfte handeln, in denen keine Annahme liegt.

wäre; höchstens wäre es möglich, wenn diese Annahme angefochten würde, was ja dann als Ausschlagung gelten würde.

Im Gegensatz zu der Nacherbschaft ist bei der Ersatzerbschaft über die Schuldenhaftung nichts Besonderes bestimmt. Da aber der Ersatzerbe mit Eintritt des Substitutionsfalles die Rechtsstellung eines gewöhnlichen Erben hat, so ist er natürlich den Nachlaßgläubigern haftbar.

Hat der Vorberufene Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt, so kann er als gutgläubiger Erbschaftsbesitzer gemäß § 2022 vom Ersatzerben Ersatz verlangen; nicht dagegen als bösgläubiger (§§ 2024, 2023); in diesem Falle muß er das Geleistete von dem betreffenden Erbschaftsgläubiger wieder zurückzuerlangen suchen.

Eine Haftung des Vorberufenen für Nachlaßverbindlichkeiten bestand, wie sich jetzt zeigt, überhaupt niemals; daher kann hier auch nicht, wie dies bei der Nacherbschaft möglich war, von einer Weiterhaftung des Vorberufenen nach Eintritt des Substitutionsfalles gesprochen werden.

Um den Vergleich mit der Nacherbschaft noch weiterzuführen, könnte man endlich fragen, ob der Erblasser nicht auch eine von der normalen Ersatzerbschaft, wie wir sie bisher dargestellt haben, abweichende Regelung treffen könnte.

Man könnte hierher den Fall rechnen, daß der Erblasser für den Vorberufenen Vermächtnisse und Auflagen anordnet, die für den Ersatzerben nicht gelten sollen, besonders aber den Fall, daß der Erblasser die Einsetzung der Ersatzerben auf einzelne Fälle des Wegfalls des Vorberufenen beschränkt. Da hierauf schon an früherer Stelle eingegangen wurde, dürfte zum Schluß dieser bloße Hinweis genügen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.